

UACM

Universidad Autónoma
de la Ciudad de México

NADA HUMANO ME ES AJENO

COLEGIO DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES

LICENCIATURA EN DERECHO

La necesidad de establecer el Contrato de Gestación Subrogada en la Ciudad de México

TRABAJO RECEPCIONAL QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

Daniel Cazares Fernández

Director de Trabajo recepcional

Dr. José Ricardo Piña Cancino

Ciudad de México, junio 2025.

SISTEMA BIBLIOTECARIO DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE LA CIUDAD DE MÉXICO COORDINACIÓN ACADÉMICA

RESTRICCIONES DE USO PARA LAS TESIS DIGITALES

DERECHOS RESERVADOS[©]

La presente obra y cada uno de sus elementos está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor; por la Ley de la Universidad Autónoma de la Ciudad de México, así como lo dispuesto por el Estatuto General Orgánico de la Universidad Autónoma de la Ciudad de México; del mismo modo por lo establecido en el Acuerdo por el cual se aprueba la Norma mediante la que se Modifican, Adicionan y Derogan Diversas Disposiciones del Estatuto Orgánico de la Universidad de la Ciudad de México, aprobado por el Consejo de Gobierno el 29 de enero de 2002, con el objeto de definir las atribuciones de las diferentes unidades que forman la estructura de la Universidad Autónoma de la Ciudad de México como organismo público autónomo y lo establecido en el Reglamento de Titulación de la Universidad Autónoma de la Ciudad de México.

Por lo que el uso de su contenido, así como cada una de las partes que lo integran y que están bajo la tutela de la Ley Federal de Derecho de Autor, obliga a quien haga uso de la presente obra a considerar que solo lo realizará si es para fines educativos, académicos, de investigación o informativos y se compromete a citar esta fuente, así como a su autor ó autores. Por lo tanto, queda prohibida su reproducción total o parcial y cualquier uso diferente a los ya mencionados, los cuales serán reclamados por el titular de los derechos y sancionados conforme a la legislación aplicable.

**La Necesidad de Establecer el Contrato
de Gestación Subrogada en la Ciudad de
México**

Dedicatorias

*A mis hijos,
Memo, Mario y Daniel
por darme la fortaleza necesaria
y el sentido a cada día mi vida.*

*A ti, mi querida Madre,
que me regalaste la vida
y me enseñaste, con tu ejemplo,
a caminar en ella...
aún en la adversidad.*

Agradecimientos

*A la Subsecretaría del Sistema Penitenciario
y a nuestra casa de estudios, la UACM.*

*A mis queridas maestras y maestros por su paciencia
A mi maestra la Dra. Mónica Pontones,
por enseñarme una forma diferente de ver mi realidad;
A mi maestra, la Doctora Marina Correa de Almeida,
por mostrarme que el derecho
debe ir más allá del propio derecho;
y, a la Vida, por darme la oportunidad
de conocerla a diario.*

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	10
-------------------	----

CAPITULO I

El proceso de creación de un ser humano

1.1 Gestación biológica de un ser humano.....	13
1.1.1 <i>Consecuencias médico-fisiológicas del embarazo.....</i>	20
1.1.2 <i>Consecuencias psicológicas en el embarazo.....</i>	25
1.1.3 <i>Consecuencias médico-odontológicas en el embarazo.....</i>	27
1.2 Juridicidad de la gestación humana.....	29
1.3 El parto: nacimiento de un ser humano y su filiación.....	35
1.4 El ser humano y su concepción como persona.....	42
1.5 La gestación subrogada.....	47
1.5.1 <i>Definición de gestación subrogada o sustituta.....</i>	49
1.5.2 <i>El proceso de embarazo en la gestación subrogada.....</i>	53
1.5.3 <i>Padres y/o madres intencionales.....</i>	55
1.5.4 <i>Mujer o Persona gestante.....</i>	59
1.5.5 <i>El hijo o la hija producto de la gestación subrogada.....</i>	61
1.5.6 <i>Aspectos psicológicos en la Gestación Subrogada.....</i>	63
a) <i>Aspectos psicológicos en los padres y en las madres intencionales.....</i>	63
b) <i>Aspectos psicológicos en la mujer o persona gestante.....</i>	66

CAPITULO II

Antecedentes de la procreación humana y de la gestación subrogada

2.1	Origen y evolución humana	70
2.1.1	<i>La condición humana</i>	75
2.1.2	<i>El proceso de condicionamiento a la gestación subrogada.....</i>	78
2.1.3	<i>La gestación subrogada a través de la historia.....</i>	80
2.2	Experiencia internacional.....	89
2.2.1	<i>La transfronterización de la gestación subrogada.....</i>	92
2.2.2	<i>La filiación transfronteriza</i>	97
2.3	La gestación subrogada en México	104
2.3.1	<i>Tabasco.....</i>	109
2.3.2	<i>Sinaloa</i>	110
2.3.3	<i>Querétaro.....</i>	111
2.3.4	<i>San Luis Potosí.....</i>	111
2.3.5	<i>Ciudad de México.....</i>	112
2.3.6	<i>Jalisco.....</i>	113
2.3.7	<i>Michoacán de Ocampo.....</i>	114
2.3.8	<i>Tlaxcala.....</i>	115
2.3.9	<i>Colima.....</i>	115
2.3.10	<i>Coahuila de Zaragoza.....</i>	115
2.3.11	<i>Sonora</i>	116
2.3.12	<i>Estado de México</i>	117

CAPITULO III

Marco jurídico de la gestación subrogada

3.1	Del derecho humano a la reproducción humana por medio de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.....	121
3.1.1	<i>La gestación subrogada dentro de los derechos humanos.....</i>	130
3.2	La gestación subrogada en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	139
3.2.1	<i>Las categorías sospechosas durante el desarrollo de la Gestación Subrogada.....</i>	142
3.3	La Constitución Política de la Ciudad de México y el acceso al Derecho Reproductivo mediante la Gestación Subrogada.....	146
3.4	La Gestación Subrogada en el Código Civil para el Distrito Federal.....	154
3.5	El ámbito del comercio en la Gestación Subrogada.....	158
3.5.1	<i>La intervención de empresas privadas dentro de la gestación subrogada.....</i>	163
3.6	La competencia del Congreso Federal en la regulación del derecho a la salud reproductiva.....	168
3.7	La falta de regulación de la gestación subrogada.....	172
3.7.1	<i>El contexto político.....</i>	173
3.7.2	<i>Consecuencias de la falta de regulación.....</i>	177

CAPITULO IV

La necesidad de establecer la figura de la gestación subrogada en el Código Civil de la Ciudad de México

4.1	La Ciudad de México, centro de la actividad nacional.....	183
-----	---	-----

4.1.1	<i>Espacio de lucha</i>	184
4.1.2	<i>Destino y paso de los movimientos migratorios</i>	187
4.1.3	<i>Desarrollo económico</i>	190
	a) <i>Comercio</i>	193
	b) <i>Industria</i>	194
	c) <i>Turismo</i>	195
4.1.4	<i>La sociedad capitalina</i>	197
	a) <i>Diversidad social</i>	199
	b) <i>Diversidad familiar</i>	201
4.2	<i>El contrato de Prestación de Servicios como instrumento para la práctica de la Gestación Subrogada</i>	203
4.2.1	<i>El contrato</i>	203
	a) <i>Objeto</i>	206
	b) <i>Capacidad</i>	208
4.2.2	<i>La prestación de servicios de gestación subrogada</i>	210
4.2.3	<i>La autonomía de la voluntad en el contrato de Prestación de Servicios de Gestación Subrogada</i>	214
4.2.4	<i>Las contraprestaciones en la gestación subrogada</i>	225
	a) <i>La compensación por la prestación del servicio de gestación subrogada</i>	228
	b) <i>El pago de alimentos</i>	233
4.2.5	<i>La filiación derivada de la gestación subrogada</i>	238
	a) <i>Las actas de nacimiento para los hijos o hijas nacidas de la gestación subrogada</i>	242

b) <i>El pasaporte para las personas nacidas mediante un proceso de gestación subrogada.....</i>	245
4.3 El reto del Gobierno de la Ciudad de México para regular el Contrato de Prestación de Servicios de Gestación Subrogada en su Código Civil.....	250
4.3.1 <i>La clandestinidad de la práctica y su criminalización.....</i>	254
4.4 Propuesta normativa.....	256
CONCLUSIONES.....	265
REFERENCIAS	
Fuentes primarias.....	270
Fuentes secundarias.....	276

INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, la sociedad en su constante evolución, ha generado diversos medios que apelan a la satisfacción de sus necesidades más fundamentales para la existencia humana. En este sentido, la misma sociedad en su propósito de multiplicarse recurre a las formas más singulares de reproducción humana sustituyendo la forma natural de esta actividad.

A partir de estas expectativas, alrededor del planeta, se ha dado la tarea de avanzar en la invención de tecnologías dirigidas a satisfacer la necesidad de la reproducción humana, que desafían y vencen las limitaciones físico-biológicas de las personas con resultados favorables en la mayoría de ellas. Directamente de esta praxis, los avances científicos y tecnológicos en esta área han aportado las llamadas Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) permeando en un mayor número de latitudes del globo terráqueo, entre ellas se encuentra nuestro objeto de estudio: la Gestación Subrogada.

México no se ha quedado atrás en estas exigencias, pues ha demandado a través del Derecho, la implementación de textos jurídicos que regulen el libre acceso a las mencionadas TRHA; esto es así ya que, hasta ahora las demandas no han sido observadas para la existencia de una norma en esta materia, pues los marcos legales que se encuentran vigentes en muy pocas entidades del territorio nacional sólo defienden los derechos reproductivos de las personas que, padeciendo las limitaciones físicas o biológicas para llevar a cabo el proceso de gestación de manera natural, ostentan una posición socio-económica privilegiada en comparación con la persona que va a llevar a cabo la gestación de un ser que no será suyo al nacer.

Así, todo el andamiaje de los actuales mecanismos para el acceso a las TRHA, traen repercusiones desfavorables para las mujeres o personas gestantes, pues atentan contra la dignidad humana de las mismas, que orilladas por sus condiciones de vulnerabilidad otorgan su consentimiento para la práctica de la gestación subrogada.

En el citado ejercicio del derecho reproductivo, las mujeres o personas gestantes se ven disminuidas en sus capacidades físicas por razones propias del embarazo, lo que las focaliza en un estado de vulnerabilidad. Con lo anterior subsiste la disyuntiva entre el acceso a los derechos reproductivos de algunos y los derechos fundamentales de otros u otras, misma disyuntiva que el Derecho en nuestro país, en específico en la Ciudad de México, ha diluido mediante la tolerancia de un contrato de gestación subrogada en el que queda a la deriva el acceso a los derechos de las mujeres o personas gestantes y de los menores nacidos bajo estas técnicas.

Los mecanismos legislativos en conjunto con los mecanismos judiciales de la Ciudad de México, no satisfacen la demanda regulatoria en esta materia y deja una marcada brecha entre los derechos de las mujeres o personas gestantes y los derechos y obligaciones de la contraparte; puesto que desde el cuerpo tripartita de los poderes de la Capital del país, se nota una ausencia de reflexión y disenso que se pueda traducir en, al menos, una tentativa de eliminar la falta de equidad en la práctica de la gestación subrogada, lo que se vierte en una transgresión al espíritu del Derecho, mismo que tiene como principal objetivo el distanciar a cualquier sociedad de los entes que potencializan las desigualdades.

Por ello, y siguiendo a Oscar Correas en el terreno de la Sociología Jurídica, parte toral que nos ha permitido ampliar el espectro del presente trabajo, la relación social que se da entre los sujetos de derecho que intervienen en la gestación subrogada será la

conducta social en la mesa del debate, pues claramente nos dice Correas que para arribar a observaciones jurídicas se debe primeramente tener en cuenta las causas sociales, pues afirma que no se puede dar cuenta del objeto de la ciencia jurídica sin que se recurra al análisis del fenómeno sociológico.

Lo que se pretende, es que del análisis de la Gestación Subrogada como fenómeno social, pasando por su historia, la experiencia internacional y nacional, sus diversos conceptos, su actual marco jurídico, hasta llegar al estado que guarda la mencionada práctica en la Ciudad de México, se establezca la imprescindibilidad de la regulación del Contrato de Prestación de Servicios de Gestación Subrogada, tratando de impregnarle un sentido deóntico al acto jurídico que garantice el ejercicio del derecho en favor de los sujetos de condición más vulnerable.

Con el mismo ánimo, se trata de no adentrarnos en un completo ejercicio positivista que sobreentienda las limitaciones legislativas; sin embargo, en momentos específicos se verá forzosa una incisión en algunos textos jurídicos creados por el Estado con el propósito de exponer las ausencias en el árido terreno de lo establecido por él; al fin y al cabo, la materia del Derecho es el ingrediente principal del presente trabajo académico.

CAPITULO I

El proceso de creación de un ser humano

“Una de las contradicciones más graves para las mujeres se genera entre su maternidad genérica y su maternidad. La incapacidad de tener hijos, propios paridos por ellas mismas constituye la negación de uno de los hechos que constituye a las mujeres como tales: la procreación.”

Marcela Lagarde y de los Ríos*

* Etnóloga, maestra y doctora en antropología, profesora del Diplomado en Estudios Feministas en la UNAM; presidenta de la Red de Investigadoras por la Vida y la Libertad de las Mujeres; integrante del Consejo Civil Asesor en la ONU; presidenta de la Comisión Especial de Femicidio de la Cámara de Diputados de la LIX Legislatura; dirigió la Investigación Diagnóstica sobre Violencia Femenina en la República Mexicana para la LIX Legislatura de la Cámara de Diputados; Medalla al Mérito Universitario Belisario Domínguez; premio Maus a la mejor Tesis de Doctorado; Reconocimiento a la Sororidad por la Fundación Guatemala; Reconocimiento Hermila Galindo por la Comisión de Derechos Humanos.

CAPITULO I

EL PROCESO DE CREACIÓN DE UN SER HUMANO

1.1 Gestación biológica de un ser humano

Después de haber pasado por un proceso de vinculación físico-sexual entre dos individuos, los procesos químicos-biológicos junto a la selección natural¹, el flujo génico², las mutaciones y los factores externos hacen su aparición en el escenario de la concepción humana para llevar a cabo el proceso biológico de creación de un nuevo ser; o como también se puede comprender: la gestación es una parte de la concepción que designan “el estado de una mujer en cinta y el periodo iniciado con la fecundación de un óvulo y concluido en el parto” (Enciclopedia Hispánica, v. 7, p. 89)

De manera general, la cópula, la fecundación, la gestación humana y el parto resultan ser todo un proceso biológico que no está limitado por temporadas como lo está el apareamiento en los animales. Los hombres producen espermatozoides, mientras que las mujeres producen óvulos una vez al mes en promedio, cuando ambos elementos se fusionan se produce la fecundación; y esta capacidad de reproducirse inicia en la llamada etapa de la pubertad³ que se caracteriza, entre otras transformaciones, por la aparición

¹ Charles Darwin planteo la «*selección natural*» como un mecanismo para la evolución en su obra “*El origen de las especies por medio de la selección natural*”; en ella postula que la variedad en los seres que habitamos el planeta Tierra se debe a un proceso de descendencia con modificaciones en el que cada generación de individuos difiere ligeramente de la generación anterior; estas diferencias se van acumulando por periodos prolongados para producir significantes transformaciones. Esta teoría es quizás la más aceptada, hasta ahora, en materia de la evolución de las especies. (citado en Audesirk *et al.* 2012, p 271)

² Resulta ser que el movimiento de alelos entre poblaciones cambia la forma en cómo se distribuyen los alelos; así, cuando los individuos se trasladan a otra población y se cruzan en la misma, los alelos se transfieren de una poza génica a otra. (Audesirk *et al.* 2012, p. 289).

³ Etapa en los seres humanos que se caracteriza por la madurez cerebral en la que el hipotálamo libera un proceso hormonal que estimula a los testículos para que estos a su vez produzcan la testosterona y los ovarios produzcan el estrógeno (Audesirk, *et al.* 2012, p. 796); mientras que Hellman (1973) opina que este aspecto humano es un concepto más amplio, pues “abarca todo el estado transición entre la infancia y la madurez.

de vello púbico en ambos sexos, mientras que en el hombre el pene y los testículos se agrandan; en las mujeres, los senos incrementan su tamaño, y comienza la etapa menstrual. En uno y otro sexo se dan los cambios físicos referidos, hasta abordar cambios en aspectos psicológicos y de comportamiento: da comienzo la exploración de un mundo nuevo para los seres humanos en esta etapa.

Pero dejando a un lado y sin restarle importancia al desarrollo psico-biológico humano antes descrito, es necesario observar detalladamente de qué manera nuestra constitución humana se desarrolla desde la gestación hasta el momento del alumbramiento⁴, proceso que tiene una duración promedio de 40 semanas, pues también existen embarazos en los que el periodo de gravidez puede variar dependiendo de las condiciones clínicas del mismo.

La transferencia de los genes lleva un proceso en el que cada una de nuestras células transporta información por medio del material genético conocido como ADN ubicado en un sitio particular de su cromosoma:

La secuencia de nucleótidos en un gen codifica la secuencia de aminoácidos en una proteína [...] En la ubicación de un gen dado, diferentes miembros de una especie pueden tener secuencias de nucleótidos levemente diferentes llamados *alelos*. Diferentes alelos generan formas distintas de la misma enzima. De esta forma, varios

⁴ La *ginec obstetricia* es la disciplina medica encargada de atender a la madre y a su hijo, desde el inicio de las fases embrionarias hasta el alumbramiento del recién nacido en un ejercicio multidisciplinario con el objeto de obtener un resultado satisfactorio en el parto. (Enciclopedia Hispánica 1989-1990, V.7 p. 89)

alelos del gen que influye en el color de ojos en los seres humanos, por ejemplo, ayudan a producir ojos de color castaño, azul, verde, etcétera. (Audesirk et al. 2012, p. 285).

Especialistas en esta materia coinciden en que, todas estas sustancias entran en reacción en función a partir del coito: el órgano reproductor masculino libera espermias que viajan por el conducto uterino, mientras que el órgano reproductor femenino durante la etapa de ovulación, específicamente el ovario, dispone de óvulos para la entrada del espermia. Si el espermatozoide logra entrar, se fusiona con el óvulo y se activa el proceso de fecundación, momento en el que los cromosomas transmiten la información genética o hereditaria contenida en su núcleo, posteriormente se dan una serie de divisiones celulares, del ahora cigoto,⁵ por el conducto uterino convirtiéndose en una mórula⁶ hasta llegar a la cavidad uterina.⁷

En el momento en que los protagonistas del proceso de fecundación cumplen con la prodigiosa función reproductiva, comienza el desarrollo embrionario en el interior del útero. Al quinto día de la fecundación, la mórula se transforma en un blastocito,⁸ dando paso a su implantación al endometrio del útero, órgano que le proporcionará los nutrimentos necesarios durante esta primera etapa; posteriormente se formará la

⁵ Célula diploide u óvulo fecundado en el inicio del proceso de la reproducción sexual formada por la fusión de dos gametos haploides. (Glosario, en Audesirk et al., 2012).

⁶ Etapa embrionaria formada durante la división de las células. En esta etapa el embrión consta de una esfera sólida de células. (Glosario, en Audesirk et al., 2012).

⁷ En un sentido contrario, suelen ser causas de infertilidad o esterilidad, la obstrucción del conducto uterino por el que viajan y llegan los espermatozoides al óvulo o cuando la producción de espermatozoides es baja en el hombre y en consecuencia la probabilidad de que alguno de estos llegue a la realización del proceso de fecundación es baja.

⁸ Consiste en una capa externa de células que rodean a un grupo de células llamado masa celular interna. Estas mismas células son la fuente de las llamadas células madre en las que, debido a su amplio potencial médico, los especialistas en la disciplina tienen grandes esperanzas que auxilien a la humanidad en el tratamiento de diversas enfermedades degenerativas. (Audesirk et al., 2012, p. 822).

placenta⁹, lugar de donde ahora el embrión obtendrá los nutrimentos para su desarrollo; en la segunda semana se forma el disco embrionario, en la tercera semana comienza a formarse propiamente el embrión con su espina dorsal y su cerebro; en la cuarta semana, el embrión experimenta significantes transformaciones, su corazón comienza a dar sus primeras señales de existencia y su desarrollo en adelante será flotando en el líquido amniótico,¹⁰ en tanto se ha formado el cordón umbilical; para la séptima semana desaparece la membrana de los pies y manos y sus ojos se desenvuelven; durante la octava semana su longitud es de cuatro centímetros aproximadamente y su peso es de unos cuatro gramos, la cabeza es del tamaño del cuerpo y se encuentra flexionada sobre el tórax, el desarrollo de la mayoría de los principales órganos se da también durante este periodo.

A partir del tercer mes, el resultado parcial del milagroso acto de la concepción se le denomina *feto* y ya cuenta con una apariencia humana; en adelante, los órganos crecen rápidamente, el nuevo ser reacciona a estímulos y tiene la capacidad de moverse, pero no es sino hasta las 16 semanas de gestación en las que se puede diferenciar los genitales y diagnosticar el sexo del feto; además de que, en esta etapa se llegan a distinguir los pabellones auditivos.

En las últimas semanas del embarazo, las dimensiones del feto llegan hasta los 50 centímetros de longitud y su peso llega hasta los 3,500 gramos, los pulmones, el

⁹ La placenta es definida como una estructura formada por un complejo entrelazado del revestimiento uterino y las membranas embrionarias [...]. Realiza el intercambio de gases, nutrimento y desechos entre los sistemas del embrión y la madre, también produce las hormonas llamadas estrógenos y progesterona esenciales para el mantenimiento del embarazo. (Glosario, en Audesirk et al., 2012). Estas mismas hormonas placentarias estimularán, en su momento, las glándulas mamarias.

¹⁰ El líquido que llena el saco amniótico protege el feto de posibles lesiones y le proporciona cierta libertad de movimiento y le ayuda a mantener una temperatura uniforme.

sistema digestivo y los riñones son ya funcionales, aunque no son necesarios para la continuidad en la vida fetal, no sino hasta el nacimiento en el que su función será vitalmente indispensable; así mismo, comienza a posicionarse de cabeza al útero hasta el momento del alumbramiento o nacimiento,¹¹ y, por último... un ser humano es el nuevo habitante de este planeta.

Cuadro 1.1 Etapas en el proceso de gestación

ETAPA	PERIODO	TAMAÑO	CARÁCTERÍSTICAS
FECUNDACIÓN	- - -	Micro celular	Unión del óvulo con el espermatozoide
CIGOTO	Primer día	Micro celular	Se da la división de células mientras avanza hacia la cavidad uterina
MÓRULA	Cuarto día	Micro celular	Las células forman una esfera sólida
BLASTOCITO	Séptimo día	Micro celular	Se implanta o se adhiere el blastocito en el endometrio
EMBRIÓN	Tercera semana	0.06 – 0.1 pulgadas	La espina dorsal y el cerebro comienzan a formarse
	Cuarta semana	0.12 – 0.20 pulgadas	Se desarrolla en el líquido amniótico, comienza la formación de los brazos y se forma el cordón umbilical. El corazón comienza a latir
	Quinta semana	0.28 – 0.35 pulgadas	Se integra a la cavidad uterina, se forman los ojos y comienza la formación de las piernas
	Sexta a séptima semana	0.32 – 0.79 pulgadas	Se forman los oídos, los huesos se endurecen, la columna se endereza y se forman los párpados
	Octava semana	0.90 – 1.10 pulgadas	Los órganos principales comienzan a formarse, se distinguen los dedos y los rasgos faciales
FETO	De la semana 10 a la 14	1.25 – 3 pulgadas	Se forman los glóbulos rojos, el cuello, los genitales, se separan los dedos, las manos pueden formar puños, se mueven los brazos y piernas

¹¹ Según Teresa Audesirk y otros, en su obra *Biología. La vida en la Tierra con fisiología* describe este acontecimiento como “el resultado de una interacción compleja entre el estiramiento del útero provocado por el feto en crecimiento y las hormonas maternas y fetales que finalmente disparan el trabajo de parto; esto es, las contracciones del útero que dan como resultado el nacimiento del bebé.”

	De la semana 16 a la 20	4 – 7 pulgadas	Funciona el hígado y el páncreas, se forman las uñas, las cejas y las pestañas, la mujer o persona gestante puede sentir el movimiento y se puede revelar el sexo
	De la semana 24 a la 30	8 – 16 pulgadas	Los ojos se mueven, sonríe, se desarrolla la audición y aparece poco cabello, pateo y se estira, puede tener hipo
	De la semana 32 a la 40	16 – 19 pulgadas	Los parpados se abren y cierran de acuerdo al ciclo de vigilia y de sueño, los pulmones son funcionales y comienza a posicionarse

1.1.1 Consecuencias médico-fisiológicas del embarazo

Son diversas y variadas las consecuencias que una persona experimenta en un estado de embarazo y posterior al mismo. Regularmente este estado de gravidez ha sido socialmente visto como una etapa de ilusión y esperanza, donde las consecuencias médicas acompañadas de las limitaciones corporales son cubiertas con el manto de la resignación maternal y la abnegación femenina, pero esto último a pesar de que tiene la suficiente relevancia social en las actuales opiniones, no podrá ser tratado con la debida importancia debido a que el cauce de tan relevante tema no es motivo de análisis en la presente ocasión.

La mujer o la persona que se encuentra gestando a un nuevo ser, experimenta evidentes cambios internos y externos en su cuerpo. Podemos empezar mencionando que como un presagio de la presencia de un embarazo es la ausencia del periodo menstrual,¹² aunque cabe señalar que no en todas las ocasiones en las que la menstruación desaparece se trata de un embarazo, pues existen síntomas parecidos que

¹² La menstruación es definida, clínicamente, como una descarga periódica y fisiológica de sangre, moco y residuos celulares a partir de la mucosa uterina, que se presenta en intervalos más o menos regulares desde la pubertad a la menopausia, excepto durante el embarazo y en la lactancia. (Hellman 1973, p. 90)

pueden ser resultado de otros padecimientos, como la tuberculosis entre otros. Contradictoriamente también existen casos en los que, personas que tienen en su organismo un proceso de gestación, llegan a secretar pequeñas pérdidas sanguíneas; es decir, que a pesar de que la ausencia del ciclo de la menstruación puede representar un embarazo, esto no es un signo inequívoco de que tal acontecimiento esté en proceso.

Además de lo anterior, existe la presencia de vómito y náuseas después de dos semanas de la concepción, síntomas que pueden desaparecer en el transcurso del tercer mes; en el cuarto mes del embarazo se presenta fatiga y grandes deseos por dormir; es frecuente el dolor de cabeza sobre todo durante los primeros días del embarazo; y, hay un aumento de secreción vaginal.

En relación a las modificaciones morfológicas, en la parte del abdomen se desarrollan las llamadas *estrías gravídicas*, esto suele ocurrir debido a la distensión de la piel como efecto del abultamiento del abdomen y crecimiento del embrión y feto; posteriormente, el tamaño y peso de las mamas se incrementa y pueden aparecer estrías parecidas a las que también aparecen en el abdomen; el tono del pezón aumenta su pigmentación y se desarrolla con más fuerza, además se observa una pequeña secreción llamada calostro.¹³ En determinadas zonas de la piel se acentúa una elevada pigmentación temporal, como una coloración anómala en el rostro, manos, brazos y en otras partes del cuerpo.

¹³ Se trata de un líquido que al final del periodo de embarazo y al inicio del periodo de lactancia es producido en mayores cantidades dotado de elevado contenido de anticuerpos. (Enciclopedia Hispánica 1989-1990, V. 7, p. 90)

Como está mencionado anteriormente, los movimientos del feto se comienzan a sentir a partir del quinto mes, el feto comienza a reaccionar a ciertos estímulos internos y externos mediante patadas, mismas que son demasiado perceptibles en la persona que porta el embarazo; el desgaste corporal aumenta y se prescribe médicamente que se debe dormir, por lo menos ocho horas por la noche, y un constante reposo por el día, aunado a la disminución en el ejercicio de las actividades cotidianas, aunque ciertos tipos de ejercicios suelen ser recomendables y terapéuticos para mejorar la circulación y respiración de la mujer o persona gestante.

En muchos casos, se permite el coito durante los primeros siete u ocho meses, según el desenvolvimiento del embarazo, y se recomienda se evite totalmente un mes y medio antes y un mes y medio después del parto; en otros casos, se debe evitar en su totalidad las relaciones sexuales durante todo el proceso de gestación o a partir de que se diagnostica, clínicamente, un alto riesgo de aborto. En algunas mujeres o personas gestantes, la pérdida del deseo sexual es manifiesta sólo durante el último trimestre.

En lo que respecta a los cambios internos que sufre la mujer o persona gestante, Hellman (1973) puntualiza algunos:

- a) Con el objetivo de convertirse en un saco de paredes delgadas para contener el feto, la placenta y el líquido amniótico; el útero aumenta su tamaño de 7 cm de longitud hasta 35 cm al final del embarazo, su peso llega hasta los 1000 g. cuando inicialmente es de 60 g., y su capacidad será de 500 a 1000 veces mayor.

- b) Las paredes vaginales aumentan su grosor de la mucosa, los tejidos se relajan y las fibras musculares son tan grandes como el útero; todo esto será necesario para la distensión durante el parto.
- c) En el abdomen, en las mamas y en los muslos se desarrollan estrías rojizas, esto se debe a que los músculos de las paredes abdominales son incapaces de sostener la correspondiente tensión; lo que provoca en algunos casos extremos, una hernia en el útero.
- d) En las mamas se desarrolla una mayor sensibilidad y hormigueo, el aumento de tamaño hará visibles algunas venas delicadas.
- e) El peso total del embarazo es de 9,6 kg. Este incremento incluye el peso del feto, de la placenta, del líquido amniótico, del útero, de las mamas, del volumen hemático que se expande, y según Chesley (citado por Hellman, 1973, p. 214) quedan sin explicación directa unos 2,000 g.¹⁴
- f) La retención de agua se da generalmente en los tobillos y piernas al final del día, percibiéndose cansancio debido al aumento de la presión venosa en las extremidades inferiores.
- g) Los cambios hematológicos se manifiestan en un aumento del volumen sanguíneo en un 45% en comparación del volumen detectado en mujeres en un estado de no gravidez.
- h) En el sistema cardiovascular, el diafragma se expande en forma progresiva, el corazón se desplaza hacia la izquierda y arriba girando sobre su eje longitudinal y su volumen aumenta en un 10%.

¹⁴ Existen otras opiniones en las que se dice que puede llegar a aumentar hasta los 16 kilogramos de los que el 40% se le atribuye a los efectos fisiológicos del embarazo. Este aumento de peso dependerá de otros factores como la complejión, la edad o la nutrición en la mujer o persona gestante.

- i) La frecuencia respiratoria y la cantidad de aire respirado por minuto aumenta induciendo a cierto grado de hiperventilamiento.
- j) El estómago y los intestinos son desplazados debido al aumento del tamaño del útero, el apéndice se desplaza hacia arriba y se ladea un poco, las secreciones gástricas se alteran variablemente.
- k) La hipófisis aumenta de tamaño lo suficiente para comprimir el quiasma óptico y reducir los campos visuales, estos cambios son mínimos.
- l) Debido al agrandamiento del útero, el centro de gravedad es desplazado hacia atrás sobre las extremidades inferiores. Su movilidad contribuye a la alteración de la postura, que a su vez, causa malestar en la porción inferior al dorso. Se observa también, dolor y debilidad en las extremidades superiores y una tracción sobre los nervios cubital y mediano.

Debido a que el peso corporal de la mujer o persona gestante aumenta considerablemente y en el entendido de la presencia de estos factores, será de suma relevancia satisfacer una correcta alimentación acompañada de la ingesta suplementaria de vitaminas, esto es considerando que, durante este periodo de preñez la mayoría de las mujeres o personas gestantes experimentan un constante deseo por ingerir diversos alimentos.

Para esto, Martín Maldonado-Durán y colaboradores (2008) proponen una serie de suplementos alimenticios que se deben incorporar, aún más, a la dieta alimenticia en la etapa del embarazo como el ácido fólico, el hierro, el calcio, zinc, yodo y selenio.

Además de los anteriores, la inclusión de vitaminas en los alimentos se deberá aumentar en razón de:

VITAMINA	REQUERIMIENTO	VITAMINA	REQUERIMIENTO
A	20 %	B 2	7 %
D	300 %	B 6	40 %
E	25 %	B 12	40 %
C	60 %	B 1	12 %

En relación a las conductas que pueden llegar a ser cotidianas, el consumo de alcohol en esta etapa no es aconsejable por los especialistas en la materia, pues esta sustancia pasa por medio del flujo sanguíneo afectando directamente al desarrollo del feto; mientras que el consumo del cigarro origina que el feto tenga una disminución en su peso.

Además de lo establecido por la opinión médica de los especialistas, se debe considerar la existencia de algunos otros aspectos que escapan a la opinión del presente trabajo; en otras palabras, estamos seguros de que existen otros padecimientos o consecuencias físicas-biológicas-psicológicas que han experimentado diferentes mujeres o personas dadas las particularidades contextuales en las que cada una de ellas se desarrolla.¹⁵

1.1.2 Consecuencias psicológicas en el embarazo

¹⁵ Estamos seguros de que la mejor opinión sobre los mencionados síntomas del embarazo es la de las personas que lo han experimentado.

Estas consecuencias van a depender de factores externos que pueden definir el estado de ánimo o una postura de la mujer o persona gestante en relación a su embarazo, pues se puede dar que de acuerdo a las costumbres de la sociedad en la que se está inmersa, el embarazo puede ser un acontecimiento dado por la divinidad, o en otros extremos puede llegar a constituir un hecho lamentable. En la mayoría de las personas se advierte la aparición de cambios de personalidad acompañada, en casos específicos, de desequilibrio emocional, irritabilidad, excitabilidad, depresión o ansiedad; y en casos extremos puede presentar estados de psicosis¹⁶.

El miedo a parir se hace presente por diferentes motivos: la incertidumbre por las condiciones en las que se puede dar el parto; el sufrimiento a los dolores de parto; el miedo genera tensión muscular; la inseguridad por la dirección que pueda tomar la vida del nuevo ser; o, en cómo pueda ser la relación que se llegue a generar entre la madre y el hijo o hija. En otros casos se genera una gran dependencia por el auxilio de las personas que rodean a la persona embarazada, aunque en realidad no sea tan necesaria en ese momento; así mismo habrá interrupciones en los periodos de sueño debido a las molestias propias del estado de gravidez, lo que ocasionará a su vez irritabilidad por la falta de descanso.

Bydlowski (citado en Maldonado *et al* 2008, p. 8) considera este periodo “como un estado de relativa transparencia psíquica, en el que los sentimientos, conflictos, recuerdos del pasado y los temores [...] suben a la superficie de la vida mental con mayor

¹⁶ Se dice que son perturbaciones graves del comportamiento que revelan la existencia de profundas alteraciones mentales. [...] Pueden presentarse bajo la forma de síndrome agudo, con pérdida de la conciencia y alucinaciones; o bajo la forma de síndrome crónico, con fuerte deterioro de la memoria, la inteligencia y la personalidad en general. (Enciclopedia Hispánica 1989-1990, V-12, p. 152)

facilidad". En la opinión de Maldonado (2008), en esta etapa de la vida se reviven conflictos con la misma persona que está por parir a un hijo o hija; además de que, las experiencias captadas en la etapa de ser hija suelen emerger viejas tensiones con la figura materna que no fueron tratadas en su momento, de tal manera que la transición de ser madre podrá ser un acontecimiento que dificulte la eventual concepción de su perspectiva de vida y la de su próximo hijo o hija.

Toda esta complejidad debida a los cambios que se experimenta antes, durante y posterior al embarazo, exponen a la persona embarazada a un estado de vulnerabilidad emocional, no tan fácil de transitar. La persona en estado de gravidez tiene la necesidad, ahora más que antes, de recibir apoyo físico, moral y emocional por la razón de que los temores y la incertidumbre, que no son fácilmente de diluir por sí solos, se presentan continuamente y por consecuencia la persona en gravidez necesitará del apoyo de las personas que la rodean con el objeto de proveer, en esta etapa, óptimas condiciones psicológicas para los retos venideros.

1.1.3 Consecuencias médico-odontológicas del embarazo

En lo relativo al área bucal, los médicos en esta materia sólo recomiendan extremar los hábitos de limpieza como son el cepillado y enjuague bucal; pues no existe, según los especialistas en el tema, un tratamiento médico específico que se le prescriba a las piezas dentales en esta etapa de embarazo; sin embargo, de no existir la adopción de la medida higiénica y con un proceso de gestación en curso, se pueden agravar las consecuencias de una falta de limpieza bucal.

Entre las consecuencias que se pueden mencionar está el sangrado de las encías al cepillarse al grado de originar un ligero trauma debido al ablandamiento de éstas. También está la llamada *Épulis* del embarazo¹⁷ que consiste en una tumefacción o inflamación vascular, focal de la encía; aunque esta complicación en las personas embarazadas es poco frecuente se pueden neutralizar sus efectos mediante un tratamiento combinado con la higiene oral y una dieta balanceada.

Como dato importante que abona a las consecuencias odontológicas durante el embarazo, el cirujano-dentista Julio Alberto Cástulo Barrera¹⁸ expone en una entrevista personal¹⁹ que, como un resultado negativo del descuido en la higiene bucal durante el periodo de embarazo, se puede llegar a padecer la llamada *Periodontitis Gestacional*²⁰ y consecuentemente la pérdida de algún órgano dental. Los cambios hormonales y fisiológicos, el aumento de riego sanguíneo, la carga bacteriana y la falta de hábitos de higiene bucal pueden llevar a un crecimiento excesivo de microorganismos patógenos; así, el conjunto de estos elementos dañinos derivará en la inevitable pérdida de un órgano dental, en caso de no ser tratado en su debida oportunidad y diligencia.

Como dato complementario, se estima que entre un 30% y un 40% de la población en América Latina resulta afectada de esta enfermedad durante el embarazo,

¹⁷ Lesión venosa benigna que puede sangrar copiosamente si se traumatiza. (Enciclopedia Hispánica 1989-1990, V-7, p. 226).

¹⁸ Egresado de la Universidad Nacional Autónoma de México, ejerce su profesión desde hace más 20 años como cirujano-dentista, cuenta con una especialidad en el área de Ortodoncia desde hace 14 años. Actualmente desempeña su profesión en la Unidad Médica, dependiente de la Secretaría de Salud de la Ciudad de México, ubicada en el interior del Reclusorio Preventivo Varonil Norte de la Ciudad de México; además, cuenta con una larga experiencia profesional en su materia odontológica adquirida de manera particular.

¹⁹ La misma se llevó a cabo con el consentimiento y agrado del citado cirujano-dentista el día 30 de noviembre del año 2023 en la Unidad Médica del interior del Reclusorio Preventivo Varonil Norte de la Ciudad de México, lugar en el que labora en la fecha mencionada.

²⁰ Es un conjunto de enfermedades inflamatorias que perjudican los tejidos de soporte del diente (encía, cemento radicular, ligamento periodontal y hueso alveolar). (Reyes, citado en Cuya *et al*, 2019, p. 132).

(Duque, citado en Cuya *et al.* 2019, 133), esto representa una proporción de 1 de cada 5 mujeres. (Díaz-Guzmán, citado en Cuya *et al.* 2019, p. 133).

La opinión médica anterior, coincide con la expresada por Herane y otros, (noviembre, 2014) cuando expone que esta enfermedad inflamatoria se da en correlación con el aumento del nivel plasmático de progesterona y de estrógenos que se manifiesta en su punto más alto durante el tercer trimestre del embarazo, reportando un notable descenso del padecimiento en el periodo del post parto.

1.2 Juridicidad de la gestación humana

La vida jurídica no tiene sentido sino se relaciona con los valores éticos; es decir, es indispensable que el derecho siga sosteniendo tablas de valores y que la juridicidad sea reconocida como algo profundamente humano, así nos lo dice De la Torre Rangel (2007, p. 7 y 8) al citar a Preciado Hernández. Esto nos lleva a coincidir con el entendido de que la mayoría de las conductas humanas deben ser reguladas mediante una norma válida, para que por medio de ella se acceda a los derechos subjetivos a fin de alcanzar la justicia tan anhelada por la sociedad.

Todo el proceso de embarazo, traducido como la concepción biológica del ser, de la gestación, el momento del parto y posterior al mismo, entran en el marco de los hechos jurídicos que producen consecuencias de derecho y deben estar inmersas en una normatividad que exprese, desde su definición hasta su materialización, una amplia protección a dicho desarrollo humano tomando en cuenta a todas las partes involucradas en el mismo, debido a que representan hechos ciertos y conocidos. Los mismos cuerpos

normativos deben contener los límites y excepciones para su ejercicio y las formalidades necesarias para llevarlo a cabo dentro del marco de lo jurídico, pues al ser el embarazo un proceso químico-biológico humano que surge de manera natural no es susceptible de ser invadido en su forma sustancial de su desarrollo sólo por una declaración jurídica.

En este sentido, el embarazo, definido como el “conjunto de fenómenos que, desde la concepción hasta el nacimiento, permiten la elaboración y la maduración de un nuevo individuo” (Cohen *et al.*, 1973, p. 165) es, como se ha mencionado, un acto de la naturaleza que le fue dado al ser humano para perpetuar nuestra existencia, luego entonces, al ser uno de los tantos desarrollos humanos, se tiene la necesidad de normarlo de tal manera que sea ubicado dentro de los cánones que rigen nuestra sociedad con el fin de que, esta parte de la reproducción humana, cuente con los lineamientos indispensables para un buen desarrollo en beneficio de la humanidad. Aunque también existen comunidades o grupos de seres humanos que no necesariamente necesitan de que el acto del embarazo sea regulado, esto es así ya que en dichas sociedades no es indispensable que este ejercicio de la naturaleza se encuentre codificado o alienado mediante un texto que le otorgue alguna validez.

Aun así, será necesario centrarnos en la indispensabilidad del texto legal con el objeto de que el proceso de gestación o embarazo encuentre sustento jurídico que le dé legitimidad a la conducta. En lo que respecta a nuestro país, son diversos los argumentos que denotan la existencia de la gestación humana con reconocimiento y legitimidad jurídica susceptible de protección; atribuciones que se deben proteger mediante políticas instituidas por el Estado con el propósito de eliminar la desigualdad y la jerarquización apoyadas en cualquier condición de las personas. Luego entonces, es imprescindible

que de la práctica de textos jurídicos se vierta una amplia protección al estado de gravidez en mujeres sin que de ellos se exprese una exclusión por su estado o condición y esto último se refiere a las mujeres de cualquier condición social y económica, campesinas, indígenas, niñas, migrantes; por mencionar sólo algunas.

Algunos aspectos jurídicos relevantes en el tema y que se deben observar es que, a todas las mujeres se les debe garantizar el acceso a una vida libre de violencia; y en específico, las que se encuentren condicionadas por su estado de embarazo no deben ser restringidas o excluidas del goce y ejercicio de sus derechos humanos. A lo anterior se le suma, que son sujetos susceptibles de asistencia social por ser necesaria su protección física, mental y social; es decir que en este caso se considera que las personas en estado de gravidez son personas susceptibles de ser beneficiadas por medio de la asistencia social debido a su desventaja física y social. Para esto, las normas relativas a establecer las bases para el acceso a los servicios de salud,²¹ dispone la protección al periodo de maternidad, comprendiendo éste desde el embarazo, el parto, post-parto hasta el puerperio, ya que durante este periodo existe una condición de vulnerabilidad que se manifiesta en la mujer y el producto. (art. 61, Ley General de Salud)

En el ámbito laboral, la igualdad en derechos y obligaciones en las mujeres en periodo de gestación o de lactancia es una prescripción que se ha de llevar a la práctica; además de que, la protección a la maternidad mediante disposiciones específicas es un derecho ya consignado. Respecto de las mujeres que trabajan para una empresa privada o dentro de la administración pública y que se encuentran en estado de gravidez, el

²¹ El artículo 1º Bis de la Ley General de Salud dispone que la salud es “un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.

derecho ha dispuesto prestaciones, tuteladas por el Estado, por medio de instituciones de salud y de seguridad social con el objeto de garantizar el acceso al derecho a la salud para el bienestar y protección del colectivo materno, así como del nuevo ser que se encuentra en periodo de gestación.

En el orden del fenómeno migratorio, el estado de gestación que muestra una mujer presentada en una estación migratoria no debe ser motivo de discriminación, pues es obligación de las instituciones en esta materia dar la debida atención a las mujeres embarazadas que presenten síntomas de urgencia obstétrica, independientemente de que estén afiliadas o no al sistema de seguridad social al que se están presentando en el momento de la urgencia. De la misma forma, la norma en materia migratoria dispone de procedimientos para la toma de decisiones en las que se vean involucradas personas en estado de embarazo, con el fin de darles la protección debida a sus derechos. (artículos 107, fracción II; 109, fracción XI; 113; y, 120, párrafo segundo).

Una parte importante en la juridicidad de la gestación humana es cómo el Estado pone en práctica sus obligaciones protectoras. Como consecuencia de esta obligación, las normas punitivas sancionan las conductas que causan un reproche social disponiendo de acciones para la reparación integral del daño a las víctimas²² de algún delito. En este caso, los códigos penales prescriben que el Órgano Jurisdiccional podrá ordenar que la prisión preventiva se ejecute en el domicilio de la persona imputada en caso de que se

²² Artículo 4. “Se denominarán víctimas directas aquellas personas físicas que hayan sufrido algún daño o menoscabo económico, físico, mental, emocional, o en general cualquiera puesta en peligro o lesión a sus bienes jurídicos o derechos como consecuencia de la comisión de un delito o violaciones a sus derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea Parte.” (Ley General de Víctimas).

trate de mujeres embarazadas o de madres en periodo de lactancia²³: además de que la persona que se encuentre gestando un ser humano tendrá la protección del estado mediante sanciones a los que la discriminen y atenten contra su integridad física y la del producto en gestación, violenten su dignidad, anule, menoscabe y restrinja sus derechos especialmente en esta condición.

Abonando a lo anterior, la norma punitiva también contempla sanciones para quienes, de la manera en que lo señalan las leyes, transgredan los derechos reproductivos de las personas y de la misma forma existen sanciones para quienes atentan contra la vida del producto de un embarazo practicando un aborto²⁴ en las condiciones y limitantes que las leyes respectivas en el tema establezcan tomando en cuenta las excepciones al caso en particular.

En la materia civil, el Código normativo de la Ciudad de México direcciona la capacidad de goce²⁵ en relación a la protección de la gestación humana desde la concepción del individuo, pues en el texto legal se establece que *La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; **pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley...*** según se establece en el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal (CCDF); en otras palabras, el proceso de gestación de un ser humano, desde su concepción

²³ Artículo 55.- En el caso de que el imputado sea una persona mayor de setenta años de edad o afectada por una enfermedad grave o terminal, el Órgano jurisdiccional podrá ordenar que la prisión preventiva se ejecute en el domicilio de la persona imputada o, de ser el caso, en un centro médico [...]

De igual forma, procederá lo previsto en el párrafo anterior, cuando se trate de **mujeres embarazadas, o de madres durante la lactancia.** (Código Penal Federal).

²⁴ Artículo 329.- “*Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez.*” (Código Penal Federal). Aunque en este tema existen muy diversas concepciones y definiciones dependiendo de la posición que se adopte debido al carácter controversial del mismo.

²⁵ Es la aptitud para ser titular de derechos o para ser sujeto de obligaciones. (Rojina 2017, p. 432).

misma, como lo es la etapa fetal o embrionaria, posee este goce de derechos como lo pueden ser la capacidad a heredar, a recibir donaciones o recibir legados con sus respectivas exigencias legales, efectos filiatorios que siguen vigentes (art. 337, CCDF):

- que la persona, desprendida del seno materno, haya vivido por las primeras 24 horas; o,
- que haya sido presentado vivo ante el Registro Civil

Es motivo de resaltar, que esta capacidad no se puede perder pues esta adherida a la condición humana de las personas; o sea que, a todos los seres humanos se les debe reconocer esta capacidad de goce desde antes de su nacimiento, o como cita Rojina Villegas, "... el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables". (2017, p. 434)

Es así como el derecho le atribuye "personalidad jurídica al ser concebido y no necesite del nacimiento para darle esa personalidad, sino que en rigor la tendrá sujeta a la condición resolutoria negativa, consistente en que nazca muerto o no nazca viable" (Rojina 2008, p. 461). Con todo esto, la gestación humana es incluida en el derecho como una de las conductas humanas traducidas en hechos jurídicos que no son dispensables de regulación, pues es el ser humano una realidad individual dentro de un entorno social que contribuye al sentido de la existencia humana; por lo tanto, si la misma norma jurídica, que obedece a la observancia de las conductas humanas, carece de este andamiaje social se podría dar por inexistente la pauta del derecho.

De esta forma la concepción y el parto son hechos jurídicos que dan comienzo a la constitución de un nuevo ser que dependerá de las estructuras sociales y de todo tipo de información contenida en el que será su entorno y que al mismo tiempo le permitirá,

al nuevo habitante, su funcionamiento como un ser autónomo dentro de una colectividad humana.

1.3 El parto: nacimiento de un ser humano y su filiación

Suele ser uno de los acontecimientos humanos que es conceptualizado de diversa forma según los factores que intervienen en el desarrollo del evento, como lo puede ser el espacio geográfico y la forma de pensar de las personas del lugar, la época o la forma en la que ven el nacimiento de un ser humano, o también se puede ver según la cosmovisión o misticismo que se le otorgue al hecho que da una nueva vida según el grupo humano que lo entiende.

Existen otras posturas científicas que definen al parto de un ser humano, como la neurobiología, que en palabras de Mina Piekarewicz expone que:

se entiende como el resultado de un proceso que desemboca en la autonomía fisiológica, es decir, la viabilidad fuera del útero de la persona y la madurez del sistema nervioso, el cual ha de contar con la estructura y funcionalidad para percibir los estímulos sensoriales, experimentar el dolor y adquirir niveles de conciencia y autonomía. (Capdevielle y Medina en Treviño & Ibarra 2022, p,266).

Sea como fuere entendido, el alumbramiento o *parto* tiene una definición clínica-médica, Hellman (1973, p. 303) lo ha definido como una “*serie de procesos mediante los*

cuales la madre expulsa los productos de la concepción maduros o casi maduros [...] la palabra parto se refiere al nacimiento efectivo del feto.”

Y el mismo especialista concuerda que un parto está dividido en tres partes:

Periodo de dilatación cervical	Se da el primer dolor de parto y termina con la dilatación completa del cuello uterino
Periodo de expulsión	Comienza con la dilatación completa del cuello y termina con el nacimiento del feto
Periodo de alumbramiento	Comienza con el nacimiento del feto y termina con la expulsión de la placenta.

Esta opinión médica está sustentada en una incidencia regular, puesto que existen claramente casos de especial atención médica, según las condiciones o factores que intervinieron en el proceso de gestación mismos que darán como resultado que el parto sea tratado clínicamente de diversa forma a la común; es decir, existen factores que determinan la duración de la gestación y la forma o técnica en que la mujer o persona gestante y el feto serán tratados durante el proceso del parto.

En la mujer o persona gestante se lleva a cabo la presencia de una serie de espasmos y dolores al momento del nacimiento, varios sistemas vitales entran en acción simultánea en el recién nacido mientras que la mujer o persona gestante, posterior a la expulsión de la placenta, entra en la llamada etapa del puerperio. Simultáneamente a

estos hechos, se presentan supuestos jurídicos que dan comienzo de manera plena a la personalidad jurídica del ser concebido originando “ya las relaciones de parentesco, con la obligación de alimentos a cargo de los progenitores y es la base para originar la patria potestad o la tutela en determinados casos.” (Rojina 2008, p. 250) y en conjunto, a las exigencias formales que dan comienzo al proceso de filiación.

Ejemplo de ello es el protocolo de identificación con el que se evita que pueda existir cualquier confusión de consecuencias graves en la identificación del menor con la persona que lo acaba de parir. Para ello, es colocada una banda inmediatamente después del alumbramiento en la parte inferior del brazo, a la altura de la muñeca del menor, que tendrá que coincidir con una de igual forma puesta en la muñeca de la mujer o persona gestante; además de que, cualquier institución de salud debe contar con un registro seguro e inviolable con el que se pueda acreditar la identificación de la mujer o persona gestante con el recién nacido.

Las instituciones de salud pública y privada deberán contar con un registro en el que queden plasmadas las huellas de las plantas de los pies del menor como la primera identificación del menor; asimismo, tendrán que contar con un formato expedido por la Secretaría de Salud en este caso del Distrito Federal —ahora Ciudad de México— en el que se deberá incluir los datos contenidos en un certificado de nacimiento (art. 54, CCDF) suscrito por el médico autorizado, o en su caso por la persona que haya asistido el parto, con el que se probará el día, la hora, el lugar del nacimiento y el sexo del recién nacido, documento que en su momento contribuirá a las formalidades de la filiación del menor.

La figura jurídica de filiación es definida, desde los Tribunales Colegiados de Circuito (2º TCC, 2017, 17 de Noviembre) de este país, como “el vínculo jurídico entre un

infante y sus padres”, o como lo explica Gallegos (2006, p. 65) entre personas que descienden unas de otras, aunque existen casos en los que esta relación sólo es jurídica y no biológica. El Código Civil para el Distrito Federal lo define como “la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; ...”. (art. 338).

En el antiguo sistema romano, existía el *nasciturus*²⁶ que debía contener tres requisitos para que el Derecho lo considerara como persona (Arámbula 2018, p. 111) y sólo así adquirir ciertos derechos que eran condicionados por el nacimiento con vida:

- 1) Que se hubiera producido el parto con total desprendimiento por parte del niño del seno materno, cortándose el cordón umbilical (si esto no sucedía, el ser era considerado parte del cuerpo de la madre);
- 2) Que el nacido tuviera vida, aunque sea por unos instantes y sin necesidad de tener condiciones de viabilidad;
- 3) Que tuviera forma y naturaleza humana

En la actualidad, la filiación no sólo se puede establecer a partir del acto natural del parto, aunque es a partir de éste que se conoce la viabilidad del feto, pues actualmente existen otras formas de establecer la filiación. Esta figura se acredita mediante el, anteriormente mencionado, certificado de nacimiento hasta el acta de

²⁶ El hijo, hija como “Sujeto pasivo considerado apto para ser susceptible de reconocimiento” (Arámbula 2018, p. 110)

nacimiento, al final está última hará prueba plena de la filiación del hijo o hija (art. 340, CCDF); además y obedeciendo al interés superior del menor, una forma de conservar y comprobar la relación de derecho puede ser demostrando que una persona ha tenido o tiene la voluntad de cuidar, en sus esferas más elementales a otro ser humano, en este caso, a un menor de edad aún si no fuera el padre biológico o madre biológica, acto que recae en la figura de la adopción; o en su caso, a través de la posesión de estado de un hijo que permite cierto reconocimiento de la actividad que como padre desempeña, de la madre o de la sociedad.

Además de lo anterior, el artículo 343 del CCDF establece que quedará probada la posesión de estado de un hijo cuando:

- a) El hijo haya usado constantemente los apellidos de los que pretenden ser su padre y su madre con el consentimiento de estos.
- b) Que el padre o la madre lo hayan tratado como hijo, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento; y,
- c) Que el presunto padre o madre tenga la mayoría de edad.

Esta forma de reconocimiento funcionaba para determinar la relación filial en caso de la ausencia del acta de nacimiento, entre padres e hijos o hijas nacidas dentro del matrimonio, aunque Treviño y Sosa también exponen que “la figura de la posesión de estado de hijo fue utilizada para reconocer también a los hijos nacidos fuera del matrimonio.” (en Treviño & Ibarra 2022, p.188).

Otra forma en la que se establece la filiación es la que se da mediante el reconocimiento de un hijo o hija en el que no necesariamente se asuma un vínculo biológico.

El estado jurídico de la filiación trae toda una vertiente de consecuencias jurídicas atribuibles a los progenitores, o para los que, en su caso, hayan optado por la figura del reconocimiento, la adopción o por la concepción de un hijo o hija por medio de las *técnicas de reproducción asistida*, además de originar la patria potestad o guardia y custodia del menor y de sus bienes patrimoniales. En el caso de la filiación, las leyes dan acceso a derechos sucesorios por medio de ésta figura jurídica, en las que también se prevé el pago de alimentos, el derecho a la identidad como lo es a recibir un nombre y a tener una nacionalidad, o a la identidad biológica y de pertenencia.

Es importante subrayar que, debido a la revolución que han experimentado las estructuras que conforman la familia y en la forma en que el derecho se ha visto obligado a entrar en un constante proceso por el reconocimiento de estas estructuras, es que hoy en día el derecho a la reproducción ya no sólo se relaciona con el llamado vínculo biológico; es decir que la verdad biológica ha dejado de ser absoluta para que exista la relación entre descendientes y ascendientes en la llamada filiación.

Algunas legislaciones aún le dan atribuciones a la máxima de derecho romano *mater semper certa est*, principio que consagra el hecho en que la madre es siempre cierta cuando ésta lo sea por haber sido ella quien dio a luz, empero con el desarrollo científico en la materia de reproducción, el derecho se ve obligado a realizar las respectivas modificaciones de acuerdo a las constantes exigencias que en este contexto se requieren; y es precisamente, en la práctica de la gestación subrogada en la que se

ejemplifica esa necesidad de avanzar en las legislaciones y dejar atrás algunas consideraciones del derecho romano.

De las experiencias se ha recogido que la práctica de gestación subrogada contiene dificultades de todo tipo, una de ellas se puede dar al momento en el que en el proceso de gestación se vea invadido de la toma de delicadas decisiones que impliquen temas de salud o de autonomía de la voluntad en relación a la continuidad del embarazo, entre otros, por cualquiera de las partes; por ello es necesario que las legislaciones en la materia se adapten, como se viene explicando, posibilitando que los derechos filiatorios se puedan establecer desde antes del parto o desde la concepción en materia de gestación subrogada. Un ejemplo de ello es lo que sucede en Grecia, país donde es permitida la gestación subrogada y el hijo o hija se les adjudica a las parejas en los tribunales antes del inicio del embarazo. (Deutsche Welle, 2021).

Para Capdevielle y Medina, el embrión humano no se debe entender como una persona titular de derechos absolutos, sino como un bien jurídico valioso, cuya protección “ha de ponderarse con ajustes razonables en relación a los derechos a la vida, salud y reproducción de las mujeres y de las personas gestantes”. (Piekarewicz en Treviño & Ibarra 2022, p. 267).

Sólo en estas condiciones, se tendrá como resultado que los derechos y obligaciones, se puedan establecer desde la concepción; además de que, en caso de ser la mujer o persona gestante la que decida interrumpir el proceso de embarazo, ésta tendría que subsanar los gastos que se han generado hasta ese momento; mientras que, si la decisión de interrumpir el embarazo es de la parte contratante, al haber adquirido las obligaciones filiatorias, además de responder por la responsabilidad contraída en el

cuerpo del contrato y por lo establecido en las cláusulas penales, estos serían también acreedores a sanciones que en materia penal se encuadre la conducta de cualquiera de los actores en relación al daño o las lesiones que sufra el producto de la gestación subrogada de acuerdo al interés superior del menor.

1.4 El ser humano y su concepción como persona

El ser humano tiene diferentes acepciones, según la disciplina o el objeto de estudio; sin embargo, se puede decir de una manera general que el ser humano es un organismo con funciones físicas, psíquicas, sociales y biológicas; o como ya se hará mención del proceso de creación del ser humano desde la paleontología cuando nos dice de la existencia de diversos elementos que dieron como resultado la aparición de los primeros homínidos y de la evolución de este proceso de hominización del que salta el proceso de humanización, que resultó ser el inicio de la creación de nuevas esferas que rodearán la existencia de los, ahora, humanos; y, por otro lado, se debe recordar que el proceso bioquímico y sus reacciones químicas moleculares son la base para la creación y existencia de los seres vivos, entre los que se encuentra el ser humano.

Existen una diversidad de opiniones por los propios científicos en esta materia en relación al momento exacto en el que un ser humano comienza su existencia como tal, pues para algunos el génesis de un ser humano se da en el momento de su fecundación; para otros, es en el momento en el que es capaz de vivir fuera del útero materno; otros más opinan, que es cuando el encefalograma da síntomas de su actividad cerebral; o también, cuando en el proceso de anidación, la mórula transformada en

blastocito se une a las paredes del útero desarrollando el sistema nervioso. (Arámbula 2008, p. 115). Con todo esto se da el comienzo, de manera individual, de la vida humana por medio de la fecundación en la que el espermatozoide penetra al óvulo generando las reacciones biológicas que dan comienzo a una nueva vida.

Aún en medio de la controversia de los expertos, comienza la concepción del ser humano dentro de una sociedad. Tratemos de aclarar este punto: la existencia de las emociones y de las neuronas le permiten “al ser humano —a través de impulsos bioquímicos y electromagnéticos— ejecutar diferentes comportamientos en el entorno social” (Vázquez julio-diciembre 2022, p. 3), mismos comportamientos que fueron resultado de la transición de pensamientos y reflexiones y que diferencian al sujeto de otro ente social. En consecuencia, es el ser humano el responsable de establecer cánones y de actuar, para organizar todos los elementos estructurales de una composición social de acuerdo a las necesidades y exigencias propias del momento histórico.

Dentro de esta composición social se fraguan, de manera autónoma, seres humanos con sus propios procesos cognoscitivos en el que, a partir de ellos, se construyen ideas, capacidades, procesos en los que se interpreta y se expresan conductas que van aportando su propia información con características independientes para el funcionamiento de un todo social y esta estructura, a su vez, nutre y modifica inversamente proporcional el comportamiento de otros sujetos sociales para la construcción de la *persona*. Se puede decir, que el ser humano al acceder a la investidura de comportamientos autónomos lo hace diferente a otros seres humanos; por lo tanto,

son las conductas construidas a partir de ciertos elementos, factores y procesos sociales e individuales los que lo determinan dentro de un rol personal en la existencia humana.

Desde épocas anteriores, se ejecutaban actividades como obras teatrales, en las que los actores representaban situaciones análogas a la realidad, Se colocaban una máscara para representar las características faciales del personaje y según la máscara utilizada se llamaba *persona-ae*. Esta forma de conceptualizar al personaje es trasladada a la realidad social pues también fue empleado para referirse al ser racional, al individuo consciente sin abandonar en ningún momento su calidad de ser humano.

Para Goffman (citado en Rizo enero - junio, 2011), la persona puede ser análogamente definida desde una puesta en escena en la que debe interactuar en una situación determinada adoptando expresiones, como el lenguaje verbal, gestos y posturas corporales, ropa y accesorios, así como mobiliarios y decorados, todo con el fin de controlar las impresiones de los espectadores dentro de una estabilidad que no rompa con la interacción. Para llevar a cabo la actuación de la persona, continúa Goffman, contará con el medio y con lo que él ha llamado la *fachada personal* que está compuesta por el rango, el vestido, el sexo, la edad, las características raciales, el tamaño, el aspecto, el lenguaje, las expresiones faciales y los gestos, entre otros. Además, expone que, para la puesta el actuante cuenta con ideales y valores asociados a ciertas posiciones sociales o a roles que fueron adquiridos en cierto momento; y al mismo tiempo, está atento a los aspectos de su conducta no verbal procurando que el público no pueda controlar lo que ocurre. Concluye en su analogía de *persona*, que el *sí mismo* no es una posesión del actor, sino que “es el producto de la interacción dramática entre el actor y la audiencia —es, por tanto, construcción social—, motivo por el cual puede ser destruido

durante la representación.” (p.6). Es decir que, en cuanto a que el actor lleve normalmente su rol en la puesta en escena, la interacción con el público será armónica.

Dentro de esta analogía, la construcción de la realidad personal se da en interacción con otras conductas humanas que se desarrollan en otros contextos; en otras palabras, las características personales de cada entidad biológica racional se han desarrollado debido a la interacción con cuantos sistemas o contextos existan y que hayan intervenido en el entramado cognoscitivo de cada una de las entidades personales.

Y como sistemas nos podemos referir a aquellos con capacidad organizativa como la moral, la ética, la religión, entre otras; pues es necesario que las conductas se distingan entre ellas por su origen, fin u objeto. Aunque por ahora sólo interesan las conductas que se relacionan con la esfera de lo jurídico por ser esta área un cúmulo de normas dentro del marco social que regulan la conducta del ser humano como sujeto social, las demás no son nada despreciables de análisis puesto que de otros sistemas el ser humano se ha alimentado a la par para la construcción de la persona.

Conforme al Derecho Romano, todos los seres humanos se consideraban personas aunque planteaban para ser sujetos de derecho plantearon tres requisitos: ser libres (*status libertatis*); ser ciudadanos romanos (*status civitatis*); y, en el ámbito familiar (*status familiae*), no estar sujetos a la potestad del pater (*sui iuris*). (Arámbula 2008, p.110). Entonces, no todos los seres humanos eran considerados personas, pues existían los seres que vivían bajo una condición de esclavitud, en tales presupuestos no eran sujetos de derecho.

En lo que toca a cómo el derecho concibe actualmente a la *persona*, ésta llega a estar definida dentro de la disciplina jurídica como:

El ente capaz de derechos y obligaciones, es decir, el sujeto que puede ser susceptible de tener facultades y deberes, de intervenir en las relaciones jurídicas, de ejecutar actos jurídicos, en una palabra, el ente capacitado por el derecho para actuar jurídicamente como sujeto activo o pasivo en dichas relaciones. (Rojina 2008, p. 75).

Aunque el derecho también le reconoce capacidad jurídica con derechos y obligaciones a ciertas entidades denominándolas como personas morales; éstas se distinguen de las personas físicas, ya que estas últimas, según Kelsen “es la personificación del conjunto de normas relacionadas con los derechos, obligaciones y actos del ser humano” (citado en Rojina 2008, p.78). Para simplificar, a la persona física se le atribuyen derechos y obligaciones relacionados directamente con sus actos; mientras que la persona moral se le imputan facultades y obligaciones atribuibles al resultado de la constitución de un conjunto de personas.

Es entonces el ser humano que, al posicionarse como persona, interpreta y actúa de acuerdo a su constructo ideológico y de acuerdo también a lo que en su momento considera sus necesidades, para elaborar proyectos de vida con el objetivo de entrar en un estado satisfactorio de las necesidades antes propuestas. Para ello se hará llegar del auxilio de instrumentos de todo tipo, mismos que también son de su total autoría para llevar a cabo esta difícil y eterna empresa de la satisfacción personal.

1.5 La gestación subrogada

Uno de los, ya mencionados satisfactores humanos, es el de procrear o ver realizado el deseo de la continuidad genética por medio de la descendencia directa; en otras palabras, por medio de la concepción de un hijo o hija propia. Al respecto, es de reiterar que las TRHA han servido como un recurso para subsanar los impedimentos o padecimientos físicos en relación a esta incapacidad de concepción, que hace imposible la satisfacción de esta necesidad de procreación de algunas personas.

Su conceptualización se complejiza debido a que han existido una gran variedad de factores que han implicado una evolución del concepto, desde que se le atribuyó oficialmente este nombre en la primera práctica de esta naturaleza. A la fecha, su consideración se ha diversificado según los actores, formas y modalidades en las que se presenta esta práctica. Sin embargo, se puede mencionar que las TRHA son un mecanismo producto del avance científico para el auxilio de personas y parejas de personas con problemas de fertilidad para la concepción de un embarazo.

Para esto, las TRHA son definidas dependiendo de los contextos y realidades de cada país o región. Esto hace que no exista una sola pauta para precisar un único concepto de la práctica en cuestión; sin embargo, la OMS trata de generalizar el concepto:

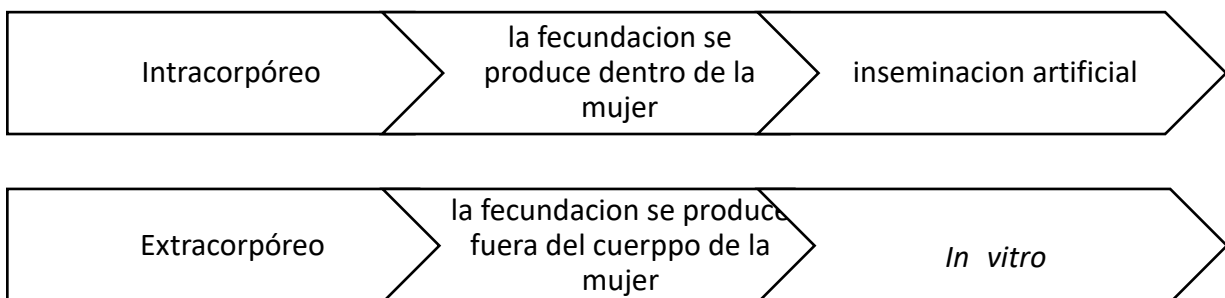
Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)	Todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo.
Fecundación in vitro	Técnica de Reproducción Asistida (TRA) que involucra fecundación extracorpórea.

Transferencia de embriones	Procedimiento mediante el cual uno o más embriones son colocados en el útero o en la trompa de Falopio.
Transferencia intratubárica de gametos	Procedimiento de TRA en el cual ambos gametos (ovocitos y espermatozoides), son transferidos a la trompa de Falopio.
Transferencia intratubárica de cigotos	Procedimiento mediante el cual uno o más cigotos son transferidos a la trompa de Falopio.
Criopreservación de ovocitos y embriones	Congelación o la vitrificación y el almacenamiento de gametos, cigotos, embriones o tejido gonadal.
Donación de ovocitos y embriones	Transferencia de embriones resultantes de gametos (espermatozoides y ovocitos) que no se originaron de la receptora y su pareja.

Fuente: Organización Mundial de la Salud (2010).

Y para su clasificación, Olguín Brito las divide según el lugar donde se produce la fecundación y según la procedencia de los gametos utilizados. (Llontop 2921, pp. 15-16).

Luego entonces, se puede entender que las TRHA según el lugar en el que se produce son:



La misma fuente de la OMS define que *gestante subrogada* es “aquella mujer que lleva adelante un embarazo habiendo acordado que ella entregará el bebé a los padres previstos. Los gametos pueden originarse de los padres previstos y/o de terceros”.

Alrededor del mundo, esta práctica científica para la procreación se le ha denominado de diversas formas: maternidad subrogada, maternidad sustituta, maternidad intervenida, maternidad portadora, maternidad de encargo, subrogación materna, subrogación uterina, vientres en alquiler, préstamo de vientres, gestación por sustitución o sustituta, gestación subrogada o por subrogación, entre muchas otras. En todas estas designaciones existe un común denominador: llevar a cabo un embarazo en auxilio de otras personas con impedimentos físicos para procrear. Aunque este fin no es absoluto; es decir, aunque esta práctica tenga como fin un valor solidario, no quiere decir que no se deba atender excepciones y requisitos, puesto que se debe velar también por la integridad de las más elementales esferas humanas implícitas en el ejercicio de los derechos de las partes que intervienen en el acto en comento.

1.5.1 Definición de gestación subrogada o sustituta

Reiterando que la gestación subrogada surge como una opción al problema de infertilidad o de imposibilidad que algunas personas padecen para procrear un hijo o hija propia de manera directa y natural, es una práctica que en la actualidad ha encontrado tierra de cultivo al rededor del mundo en el que se enfrenta a las diferentes posturas sociales y de pensamiento. Su finalidad, se dice, es otorgar al padre y a la madre intencional la satisfacción de ver fundada, y además, dar por continuada, la línea sanguínea y perpetuar su existencia.

Coleman (citado en Lamm 2013, p. 22) expone en su obra *Surrogate motherhood: analysis of the problems and suggestions for solutions* publicada en 1982, una de las primeras definiciones de la maternidad subrogada:

es una aplicación novel de la técnica de la inseminación artificial que resulta en el nacimiento de una criatura con un nexo biológico unilateral a la pareja infértil. La gestante es una mujer fértil que conviene que, mediante contrato, se la insemine artificialmente con el semen de un hombre casado con otra mujer, gestar el niño y darla a luz o procrearla. Una vez nacido el niño, la gestante o suplente renuncia su custodia a favor del padre biológico, y además, termina todos sus derechos de filiación sobre el niño para que la esposa del hombre con cuyo semen fue inseminada la adopte.

Es de suponer que de acuerdo a la década en la que se dilucida el concepto, deja a la deriva diversas aristas del derecho que en su momento no resultaba preponderante entrar al debate jurídico pero que, en ese momento, limitaba la percepción del hecho jurídico, como un ejemplo podemos mencionar la obligatoriedad del matrimonio como un estado para acceder al derecho en cuestión. Posteriormente, existieron diversas definiciones que fueron estructuradas por diferentes representantes en la materia, con diferentes factores que con el paso del tiempo hicieron que evolucionara la forma de conceptualizarlo. En la actualidad, al definir esta práctica, se trata de cubrir todos los aspectos que influyen de tal manera que no se deje laguna alguna en la que se pueda caer y dejar a la deriva preceptos imprescindibles para el acceso universal al derecho reproductivo en mención.

Por todo lo anterior se considera que lo más idóneo es adoptar el término de *Gestación* en el lugar de *Maternidad*. Esto se expone así debido a que consideramos que la *maternidad* es un concepto mucho más amplio que la sola capacidad de gestación de un ser humano, coincidiendo entonces con lo dicho por Lamm al respecto:

La maternidad engloba una realidad mucho más extensa que la gestación. Madre significa mucho más que matriz y que parto. El estado de madre es un proceso que se inicia desde antes de la fecundación del óvulo por el espermatozoide (etapa de querer ser madre) y se prolonga por mucho tiempo después del advenimiento del hijo (etapa de tener que ser madre).

De manera tradicional, la maternidad aún es contemplada en función de una exposición de actos que van desde el deseo heredado de serlo desde la etapa de la niñez hasta ver realizado el mismo deseo, conllevando también, a desarrollar un vínculo traducido en una infinidad de actos característicos de esta relación filial hacia los hijos o hijas y en una responsabilidad, también heredada, de reproducir conductas simbólicas en sus descendientes.

Pero retomando la evolución del concepto, en la actualidad es necesario que se adopte una posición de acuerdo a los actuales paradigmas sociales que están impulsando las nuevas generaciones; por lo mismo, se sigue optando por dejar de lado el concepto de *maternidad* para asignarle el de *gestación*.

Lo anterior nos lleva a coincidir con lo expuesto por Lagarde y de los Ríos (2015), quien muy acertadamente nos dice que la maternidad debe ser vista desde una nueva óptica que nos lleve a que en todo contexto se tendrá que observar de una manera diferente con el objeto de generar nuevas conductas, que al final del día representen un ejercicio igualitario contrario a lo ya establecido por la cultura dominante y dejar fuera la idea de una maternidad como institución basada solamente en la progenitura. Por lo tanto,

esta posición también es plausible en la denominación de la gestación subrogada, ya que de lo que se trata es de subsanar sólo la incapacidad de gestar biológicamente y no de sustituir toda una institución que ahora debe ser dimensionada de tal forma que deje de ser sólo un conjunto de atribuciones heredadas culturalmente.

En lo que respecta a la definición de gestación, esta resulta ser “*el estado de una mujer en cinta y el periodo iniciado con la fecundación de un óvulo y concluido en el parto*” (Enciclopedia Hispánica, v. 7, p. 89). En general, es dable considerar que la forma para referirnos al proceso de gestación en cuestión es el de *Gestación Subrogada*, primero porque, lo que se sustituye es sólo el proceso de *gestación* y no la *maternidad* por lo antes expuesto; y segundo, porque al adoptar el término de *subrogación* nos acerca aún más al terreno del derecho; aunque, en varios pronunciamientos es aceptado cualquiera de los dos términos, la discusión entraría a debates estériles ya que *subrogación* o *sustitución* es aceptado sin discriminación alguna, lo que da como resultado un sinónimo para los presentes efectos.

Una parte importante de la gestación subrogada es la forma y los modos en que se realiza esta práctica, pues en ella se concatenan voluntades que al final deben estar armónicamente establecidas. Por ello existen diversas maneras de referirse a la práctica de gestación subrogada por medio de las TRHA, según las necesidades de las partes que intervienen. Paralelamente, se debe tener en cuenta que el acceso a los derechos reproductivos son contenidos de índole universal; por lo tanto, esta práctica debe contribuir al buen desempeño de la no discriminación y a la igualdad sin distinción alguna en cuanto a la preferencia sexual o cualquier otra condición humana:

- La mujer o persona gestante aporta el óvulo o material genético mientras que el esperma lo aporta uno de los padres²⁷ intencionales.
- La mujer o persona gestante aporta su material genético y el esperma viene de un donante.
- La mujer o persona gestante sólo aporta la capacidad de gestación y la información genética es aportada por la pareja intencional
- La mujer o persona gestante aporta sólo la capacidad de gestación y ambos materiales genéticos proceden de donantes
- La mujer o persona gestante aporta sólo la capacidad de gestación, el óvulo es de la madre intencional y el esperma es de un donante.
- La mujer o persona gestante aporta sólo la capacidad de gestación, el esperma es del padre intencional y el óvulo es de una persona donante.

En sentido estricto, es entendible que la *gestación subrogada* sólo atiende la subrogación o sustitución de la capacidad de gestar a un ser, aunque sea admitida con distintos calificativos, sería apropiado adoptar términos simples en el contexto jurídico para el entendimiento de todas las personas que decidan participar en dicha decisión.

1.5.2 *El proceso de embarazo en la gestación subrogada*

El proceso de embarazo, desde una referencia biológica, comienza desde la concepción, continúa con el proceso de gestación y culmina con el parto. Aunque existen

²⁷ En la mayor parte del texto nos referiremos a los *padres* y a las *madres* de manera general y en forma masculinizada a ambas figuras, sin que esto pueda constituir una transgresión a los derechos de identidad, libre determinación y libre desarrollo personal en relación a la denominación de las *madres*, denominación que amerita un punto y aparte en cuanto al análisis de su construcción social.

otras formas en las que se da por terminado el embarazo; ya sea de forma intencional con la muy discutida interrupción del embarazo o aborto; de manera accidental por factores externos; o, cuando en el organismo materno se encuentran cuestiones médicas que hacen de imposible la buena realización y culminación del proceso de embarazo²⁸.

Existen diversos tipos de embarazos, según la OMS, pero no es aquí donde se pretende escudriñar. El embarazo, desde una concepción tradicional, es aquel que está impregnado principalmente del deseo de estarlo; es decir, en las personas existe el firme anhelo de concebir un hijo o hija, es esperarlo con curiosa incertidumbre, es una incesante expectativa por la feliz llegada, es la esperanza, es preguntarse sobre las futuras emociones que traerá el nuevo integrante de la familia, así como también de las cuestiones de salud, las dificultades, los cansancios, los temores; en fin, para todo esto y más, no es necesaria una referencia de expertos estudiosos en alguna disciplina, sino sólo la referencia de una vida experimentada en estos afanes.

También existen embarazos no deseados pero que al final son aceptados, los que son deseados pero al final son rechazados por cuestiones médicas o malformaciones del feto; o, los que se dan en lamentables condiciones como los que son producto de la comisión de un delito de tipo sexual.

En lo que nos atañe, el embarazo en un contexto tradicional no conlleva cuestiones debatibles tan entrañables; sin embargo, el proceso de preñez derivado de la gestación subrogada trae consigo otras implicaciones que hacen de éste uno *sui generis*.

²⁸ Véase en este mismo capítulo el cuadro 1.1 *Etapas en el proceso de gestación*, en el que se da cuenta de los diversos síntomas y transformaciones que sufren tanto la mujer o persona gestante como el feto en las diferentes etapas del embarazo.

El embarazo producto de la gestación subrogada dista de uno deseado. El estado de gravidez de una gestación subrogada es un estado proyectado, pues las reacciones de la mujer o persona gestante suelen ser programadas y no tratadas con la espontaneidad antes detallada. No existe en la persona un sentido de pertenencia en relación al feto, puesto que el estado de embarazo es producto de una decisión estructurada desde el ánimo de solidaridad y no desde una voluntad de procrear, cuidar y generar un vínculo materno-filial con el menor.

Esto no quiere decir que de la mujer o persona gestante surja una posición frívola frente a su estado de gravidez; sino que en ella existe una postura de responsabilidad, pues está consciente respecto al proceso de gestación de un nuevo ser que se está desarrollando en su vientre que tendrá que ser entregado, según lo convenido, a los padres intencionales que detonaron la práctica en comento.

1.5.3 *Padres y/o madres intencionales*

Los padres y madres,²⁹ con nexo biológico o no respecto a sus hijos o hijas, desempeñan un rol preponderante en la sociedad, que actualmente debe ser reconocido por desarrollarse dentro de una diversidad familiar, por ser ellos los responsables de reproducir los mismos roles de conducta predeterminados socialmente; esta última labor es con independencia de las responsabilidades acerca del cuidado y auxilio que deben brindar a los hijos e hijas. Aunque existen casos, por demás sabidos, en los que el vínculo biológico no es suficiente para lograr un ambiente sano en el desarrollo en los

²⁹ En este apartado nos referimos a los *padres* y *madres* de manera separada por otorgarle una distinción entre uno y otra por respeto al género y a las identidades de género.

hijos o hijas; es decir que, el verdadero vínculo socioafectivo entre el padre y/o la madre y los hijos no se ciñe a la relación genética o biológica, sino que la relación afectiva se construye mediante aspectos teleológicos que arraigan la identidad del menor, que genera emociones, que abona a la estructura de los valores humanos.

En este punto se debe tomar en cuenta que los padres y/o madres intencionales, así llamados dentro de la gestación subrogada, son aquellos que teniendo alguna incapacidad para procrear, –como infertilidad o esterilidad,³⁰ por prescripción médica, o simplemente porque no pueden experimentar las vicisitudes de un embarazo debido a que forman una pareja de personas del mismo sexo–, desean y tienen la voluntad de procrear, o sea que, son personas que desean concebir, tener un hijo o hija, poseer un vínculo afectivo, familiar y social entre ambas partes y generado por ellos mismos, independientemente si son o no ellos los que aportan el material genético. Con ello se entiende que la paternidad o maternidad intencional entraña, en un sentido deóntico, la voluntad e intención de amar y de cuidar a un hijo o hija, intención que en la mayoría de los casos sobrepasa el vínculo genético o biológico.

En relación a una denominación acorde a la gestación subrogada, Albornoz y Velarde Méndez (2020, p. 15) proponen que los padres o madres intencionales son:

³⁰ Comúnmente estos términos suelen ser utilizados en el mismo sentido. Sin embargo, para los especialistas existe una distinción: esterilidad se puede traducir en la incapacidad definitiva para concebir tanto en la mujer como en el hombre; mientras que, la infertilidad sólo le es dada a la mujer por su incapacidad, no definitiva, para concebir, Yungano (citado en Tesis de la Universidad de Sonora, s. f., p. 23) aclara que “la infertilidad puede deberse a factores tales como operación reciente, embarazo anterior, infección de pelvis, todos los cuales difieren en tiempo la posibilidad de gestación”, según la OMS, dos años es el plazo para determinar si una pareja es estéril. Para efectos del presente tema, se tratará la incapacidad de concebir indistintamente como infertilidad, pues se puede llegar a caer en una connotación sociológicamente irresponsable al marcar una diferencia arbitraria con tintes despectivos o de discriminación en relación a las personas a las que va dirigido el contenido de ambos términos.

personas que tienen la voluntad de procrear recurriendo a la gestación por sustitución como vía. En efecto, son quienes manifiestan su voluntad procreacional [...] los padres intencionales pueden ser una sola persona o una pareja. Si son pareja, ésta puede estar integrada por dos personas del mismo sexo o de distinto sexo.

Existe un aspecto de esta denominación que consideramos relevante subrayar y entrar en un pequeño acotamiento, un enfoque aparte por su debida importancia y es que se debe entender que la sociedad ha evolucionado de tal manera que en la actualidad su dimensión se puede dar a partir de una estructura compuesta por una diversidad familiar, misma diversidad que está integrada por núcleos formados por personas del mismo sexo.

Esta postura ha implicado polémicas, sobre todo en los sectores religiosos quienes exhortan a no incidir en estas relaciones castigadas por el poder divino; sin embargo, estas opiniones, respetadas por supuesto desde sus propios contextos, distan de ser objetivas. Además, Granados Pérez (citado en Diaz & Neri 2015, p.104) ha establecido que el desarrollo afectivo y el desarrollo de la identidad de los menores no se ve afectada en familias homosexuales con respecto a parejas heterosexuales; en otras palabras, las familias compuestas por personas del mismo sexo tienen la misma capacidad e intención de ofrecer un ambiente tan positivo, o más, que en un hogar formado por familias tradicionales ya que esta última condición no garantiza el bienestar de los menores. Entonces, se entiende que lo que realmente afecta de manera negativa a los menores hijos o hijas de una pareja homosexual, es la crítica destructiva o el

escarnio social, puesto que si no existiera la discriminación hacia este sector tampoco existiría este tipo de estigmatización.

Ahora, las personas solteras también pueden elegir de qué manera quieren llevar un ejercicio pleno de su vida y formar una familia, puesto que tienen la misma capacidad de establecer un desarrollo afectivo con un hijo o hija y sostener su deseo reproductivo mediante la voluntad o intención de procrear, que se determina de igual forma como en la que las parejas de personas del mismo sexo o heterosexuales lo pueden hacer. Así, la libertad reproductiva debe observarse sin distinción alguna de forma que las personas solteras, si así lo desean, puedan llevar a cabo una gestación subrogada con la donación de gametos que complemente la carga genética faltante, o en su caso con la donación de ambos gametos, si es necesario.

Entonces, la *intención* es lo que califica a los padres y/o madres intencionales en esta práctica, pues son ellos los que manifiestan su voluntad procreacional. Y es esta misma condición la que generará, en un futuro, derechos y obligaciones frente a las demás partes que forman el convenio de gestación subrogada; sobre todo deberá crear toda una serie de obligaciones que en caso de ser omitidas tendrá el reproche social por medio del derecho, sobre todo en relación a las que se cometan en contra del interés superior del menor.

Y en materia contractual, se entiende que la *voluntad* es lo realmente querido por las partes, pues se fundamenta en la libre determinación de los contratantes como individuos. Entonces, se debe interpretar, que la *intención* es la voluntad procreacional que fundamenta la gestación subrogada sobrepasando la relación biológica, puesto que la persona que debe llevar a buen término el embarazo acuerda, desde un inicio,

proporcionar sólo su capacidad de gestación, mientras que los padres y/o madres intencionales son los que verdaderamente tienen el propósito de cuidar y criar, además de ser los responsables de detonar la práctica de gestación subrogada al expresar su voluntad de procreación.

1.5.4 Mujer o Persona gestante

En relación a esta persona, suele ser aquella mujer o persona fértil dispuesta a llevar en su vientre un proceso de gestación, desde la implantación del embrión con material genético suyo o de los padres y/o madres intencionales, hasta el momento del parto. Existen diferentes posturas en las que se dice o se recomienda que esta mujer o persona puede ser un familiar o alguien cercano al círculo social, esto es porque en este tipo de convenios los padres y/o madres intencionales quieren estar convencidos de la total confidencialidad del hecho, o bien porque, se dice que el tener a una mujer o persona cercana les otorga mayor confianza, hasta para la toma de decisiones en cualquier momento en el que pueda surgir alguna situación que pueda alterar o comprometer la evolución del proceso de gestación subrogada.

Sin embargo, esto no debe ser así pues se debe dejar claro que los familiares o amistades que tienen un vínculo cercano a los padres intencionales no deben entrar dentro de las opciones como mujeres o personas con carácter de gestantes. Lo anterior es debido a que podría verse viciada la línea del parentesco y de suceder esto último acarrearía múltiples afectaciones psicológicas, familiares y sociales en el menor nacido de esta práctica. Por ello Ingrid Brena (2012) ha dejado clara esta posición:

Deberá evitarse que la línea de parentesco se trastoque, convirtiendo a una gestante en madre de su sobrino o de su nieto, y aun cuando se resuelva la situación legal, será conveniente prever los posibles conflictos psicológicos que estos cambios producirán en todo el entorno familiar. (p. 155).

Por otro lado, la parte que acepta proporcionar el servicio de gestación y entregar un menor producto de una gestación subrogada se le ha denominado en algunos casos, *persona gestante*. Aun con las actuales transformaciones sociales esta denominación resulta limitada; pues si bien, se respeta las identidades de género y la libre determinación de las personas, la denominación que se le debe agregar es la de *mujer*.

Y un aspecto que apuntala lo anterior es que, primeramente se debe aceptar que la persona que va a dar el servicio de gestación mediante su capacidad para ello es una *mujer*, si o si, pues los órganos reproductores que van a lograr tal proeza son precisamente los que se encuentran biológicamente sexuados en una mujer, después se darán casos en los que se decide cambiar de género, empero esta es una decisión que no trae como consecuencia una incapacidad o neutralización de su posibilidad biológica para concebir; por lo tanto, ambas figuras resultan factibles para formar parte del convenio como la persona receptora del embrión y llevarlo a buen puerto.

Contrariamente, al colocar sólo la palabra *mujer* estaríamos limitando el concepto a que solamente las *mujeres* podrán ser gestantes, mientras que a las *personas* que se autodefinen en un diverso género, estaríamos discriminándolas y desarrollando una especie de violencia de género al ignorar su autonomía en relación a su identidad de género, sin que esta última parte pueda incrementar la deuda histórica que se tiene en relación con la *mujer*.

1.5.5 *El hijo o hija producto de la Gestación Subrogada*

La concepción de un hijo o una hija que resulta de la práctica de la gestación subrogada, es el objetivo o es el sentido esencial de la mencionada práctica; es decir que, es la procreación de un *hijo* o una *hija* el motivo por el que se opta por la gestación subrogada.

Los menores nacidos de la gestación subrogada no son diferentes a otros concebidos de la manera acostumbrada. Todos los hijos o hijas nacidos mediante esta práctica son personas que deben desarrollarse en un ambiente tan familiar, con todos los factores culturales y sociales como el de otros niños o niñas, con la única especificidad que su concepción ha sido programada tomando como instrumento los avances científicos en reproducción humana asistida.

Aunque el vínculo materno es muy estrecho, Vasanti y otros (junio-2003) afirman que al nacer no existen dificultades o complicaciones psicológicas para ninguno de los dos al romperse el vínculo, ni tampoco el vínculo biológico se ve afectado, opinión que se suma a lo expuesto por Lamm (2013) pues argumenta que “ningún estudio científico de psicología prenatal relativo a la gestación por sustitución ha demostrado que este modo de gestar suponga daño para el niño, ni siquiera potencial.” (p, 224)

Sin embargo, debido a los prejuicios sociales que en el tema se puedan dar, el desarrollo psico-social de estos menores se puede ver afectado, pues tendrán que enfrentarse a las consecuencias que surjan en caso de que los padres intencionales decidan mantener en secrecía su origen biológico o genético, y esto lo confirma Diaz-Pérez y colaboradores (2015, p. 112) al decirnos que “el desconocimiento de los orígenes puede causar graves prejuicios psicológicos” a los niños o niñas nacidas mediante técnicas de reproducción asistida, pues una vez que el menor se esté desarrollando y

continúe su crecimiento en su núcleo familiar, la toma de decisiones en cuanto a que el menor conozca, o no, sobre su identidad será relevante para su desarrollo futuro.

Aunado a esto, es de suma importancia conocer de los descendientes biológicos debido a las probables enfermedades que eventualmente se pueda padecer con el fin de brindar una atención médica debida en el momento adecuado.

Aunque podría llegar a creerse que las relaciones paternas y maternas con los hijos o hijas son sostenidas por el lazo sanguíneo, el vínculo entre estas personas constitutivas de una familia y el o la menor, se fortalece con el cuidado cotidiano sin que sea necesario la continuidad a la línea sanguínea o a una unidad familiar tradicional, pues también lo sostienen así Sofía del Carmen Treviño Fernández y Fernando Sosa Pastrana (2022) cuando refiere que “las transformaciones sociales que rodean la vida familiar han demostrado lo obsoleto de muchas de las reglas de los códigos civiles que actualmente regulan quién es padre o madre”; (p. 170) o sea que, los menores de edad dentro de estas familias son cuidados por personas que pueden no ser los padres o madres biológicos, como así también lo confirma Alma Arámbula Reyes:

Efectivamente, no siempre la mujer que da a luz estará en las mejores condiciones para proteger los intereses del hijo; mientras que, con frecuencia, será la madre genética la que posea mayores recursos para garantizar el mantenimiento y desarrollo de aquél. (Arámbula 2008, p. 16).

En general, el estado físico-psico-social de los niños y las niñas se desarrolla de mejor manera cuando las relaciones con sus tutores están afianzadas por una estructura afectiva y de comprensión, sin importar la forma en que fueron concebidos, y esto último,

es lo que verdaderamente importa para el apuntalamiento a la protección del interés superior de los menores.

1.5.6 Aspectos psicológicos en la Gestación Subrogada

El objetivo de procreación humana se va construyendo en la psique de cada individuo y en un momento dado, cada uno o una considerará que es el tiempo para llevar a cabo la meta de sus vidas, poniendo en práctica las enseñanzas que le fueron transmitidas hasta ese momento de su existencia. Las personas, en su mayoría, hemos sido programadas de tal manera que, dentro de nuestros anhelos y objetivos de vida se encuentra el hecho de concebir una hija o hijo propio, pues desde pequeños son reproducidos los roles que según la misma sociedad considera debemos adoptar.

Por lo tanto, esta predeterminación social que impone como una búsqueda de sentido al que la humanidad aspira el hecho de concebir un hijo o hija, contiene tal fuerza argumentativa en nuestra existencia, que llega a formar parte de la condición humana, de tal manera que la mayoría de los seres humanos no concibe su ser sin que se les comprenda como una parte esencial de este entramado ideológico.

a) Aspectos psicológicos en los padres y en las madres intencionales

Establecido está que, las niñas son alienadas como las responsables del cuidado de los futuros hijos, mientras que los niños serán los futuros padres y proveedores. Cumpliendo con esta labor predeterminada en ambas partes, experimentarán una supuesta plenitud como pareja al sentirse completos, ya sea como mujer o como hombre.

La carga social por la frustración del proyecto de vida, regularmente la lleva la mujer, pues ella es la persona que es visibilizada físicamente desde el ámbito social y

familiar, mientras que el hombre, por ser representante del poder dominante, éste debe ser ocultado o de lo contrario será dado al escarnio social debido a que la supuesta falta de capacidad para concebir un hijo da como resultado el ser menos hombre ante la sociedad.³¹ Y si le añadimos que en la actualidad existe un debate moral, social y jurídico sobre la diversidad familiar que propone una pluralidad de formas de establecer una familia, podemos arribar a una práctica de la gestación subrogada de suma complejidad.

Sin dejar de lado la diversidad en el contexto social, las causas de infertilidad que impiden que ese deseo se haga realidad, genera estados de ansiedad y frustración, al respecto Diaz & Neri (2015) expone que “la comprobación del fracaso en tener un hijo no sólo ha de provocar frustración por el no cumplimiento del deseo y las expectativas de paternidad, sino que también supone la alteración, al menos temporal, del plan de vida”. (p. 105).

En estas condiciones, se visualiza un sólo objetivo: procrear un hijo. En medio del duelo ocasionado por la noticia de la incapacidad de procreación, se pone en marcha una exhaustiva búsqueda de información acerca de los tratamientos para la solución de los problemas de infertilidad y de la efectividad de estos. Para esto surgen propuestas que pueden proporcionar ayuda a la realización de estos proyectos de vida que aporta la ciencia por medio de las TRHA.

Al adoptar alguna de las TRHA, ocurre que los especialistas prescriben una serie de recomendaciones durante cualquier proceso de gestación, en las que se ve invadido

³¹ En la actualidad se emprenden luchas ideológicas para dejar atrás la práctica de estas conductas, por demás antagónicas a la convivencia social; empero se siguen reflejando como una de las motivaciones que acercan a las personas, con problemas de infertilidad, a optar por la práctica de alguna de las TRHA para subsanar la falta de sentido en sus vidas que proporciona la insatisfacción de tener un hijo.

el libre desarrollo sexual; además de que, los padres intencionales se enfrentan a la cuestión económica y a la incertidumbre por las probabilidades de éxito de las TRHA, que se encuentra en un 35% aproximadamente, según un dato presentado por Díaz Pérez y Neri Vidaurri (octubre, 2015).

Entre las diferentes técnicas,³² la gestación subrogada permea de manera especial en la psique de los padres y/o madres intencionales, pues además de proponer la no necesaria interrupción del coito y el desarrollo normal de las actividades cotidianas; también se ven implicados en continuas irrupciones que causan cargas de estrés y un desgaste emocional, derivado de que existe la obligación de satisfacer las necesidades de la mujer o persona gestante y a que la madre intencional, al alimentar el momento de tener a la persona tan deseada, también entra en una incertidumbre por una posible conducta de negligencia por parte de la mujer o persona gestante durante el proceso de procreación.

Estas experiencias pueden ser compartidas por el padre intencional, sin embargo, existe la posibilidad de que no suceda así y que experimente otras que son de acuerdo al rol impuesto socialmente, como puede ser la carga económica surgida de las implicaciones que nacieron de la adopción de la gestación subrogada, como el hecho de sostener o compensar económicamente a la mujer o persona gestante durante el tiempo que se lleve el proceso de gestación y posterior al mismo.

Esta serie de consecuencias relativas a los aspectos psicológicos derivados de ser los padres y/o madres intencionales, pueden ser experimentados por una sola persona en el caso que haya decidido ser sólo el padre o sólo la madre intencional quien

³² Véase las diferentes TRHA en las páginas 47 y 48 en este mismo capítulo.

haya optado por esta práctica de gestación; en tal caso, toda la carga psicológica tendrá que ser llevada por una sola persona.

b) Aspectos psicológicos en la mujer o persona gestante

Como se propone en páginas anteriores, la parte gestante está definida con la parte connotativa de *mujer*, debido a que desde un inicio es una mujer biológicamente determinada la que decide prestar su capacidad de gestación, y la parte de *persona gestante* es por respeto a su derecho de identidad de género,³³ pues de no anteponer *mujer* sería como negar a la *naturaleza* misma, por tanto no se debe olvidar que los órganos reproductores biológicamente sexuados en la mujer son los que van lograr finalmente la gestación de un nuevo ser. Ciertamente es que, las características biológicas y fisiológicas de las personas no constituyen factores para encasillarlas dentro un rol predeterminado socialmente, también lo es que, dejar de definir a la *mujer* como *persona gestante*, sería como negar la autonomía de los sujetos en relación a su libre determinación y en consecuencia estaríamos cayendo en un acto de discriminación, de violación a sus derechos humanos y a su dignidad humana.

En esta persona se concentra la atención durante la etapa de la gestación pues en ella recae toda la responsabilidad biológica y jurídica de llevar a buen término el embarazo, desde someterse al procedimiento de una de las TRHA hasta el momento del parto. Durante este periodo, la mujer o persona gestante experimenta todos los síntomas propios de un embarazo³⁴ que, bien se sabe, estos padecimientos por procurar cuidado

³³ Es la conciencia, el sentimiento psicológico y la vivencia interna de pertenecer al género masculino o femenino o a ningún género.

³⁴ Véase en las páginas 9-11 de este capítulo algunos de los referidos síntomas del embarazo.

y alimentar en su vientre al menor son aspectos centrales derivados de la prestación del servicio de gestación que acordó prestar a su contraparte, y que además, posterior al nacimiento no le generará vínculo alguno.

Existen diversas hipótesis que refieren la existencia de un vínculo, además del biológico, entre la mujer o persona gestante y el feto durante el periodo gestacional; sin embargo, hasta ahora no se han encontrado datos que demuestren una necesaria conexión de apego entre la mujer o persona gestante y el menor nacido que, sin ella, haga imposible la realización del menor nacido de la gestación subrogada. Brasch y Álvarez. (citados en Ávila *et al* 2019, p. 5) admiten que "si la gestante transmite su ADN al niño, el vínculo emocional podría ser más importante", situación que no se prepondera, ya que la mujer o persona gestante no tiene la voluntad procreacional ni la intención de tener un hijo o hija; y sabe además, que deberá entregarlo al nacer el niño o la niña. El único vínculo o conexión que existe con el menor es el emocional y el afectivo que se deriva de la voluntad procreacional de los padres y/o madres intencionales.

De nacionalidad ucraniana, Olga Kicena, quien ingresó a un programa de madres sustitutas de ese país, responde:

entendí desde el principio que debía dar al niño, por lo tanto, no hubo sentimientos maternos ni emociones durante el embarazo. Tengo mi propio hijo al que amo y por el que siento emociones, sólo tenía un sentido de responsabilidad: estar embarazada del hijo de otra persona durante nueve meses y ahí se acaba. Por supuesto que es muy hermoso ver a este pequeño bebé, es conmovedor, pero entendí que ese niño era de otra persona, que tenía padre y madre. (Euronews, 2020).

Este escenario se debe prevenir al momento en que la mujer o persona gestante y los padres y/o madres intencionales celebran el acuerdo en cuestión. Para esto, deberá ser atendida por un especialista en psicología con el objeto de que sea conducida durante el periodo de gestación de tal manera que al momento de entregarlo ya haya sido tratada una posible sensación de desprendimiento.

Por lo anterior, la mujer o persona gestante deberá ser elegida cumpliendo ciertas características como sus motivos, antecedentes de salud, círculo social y familiar, estado actual de salud física y mental, y una vez que es elegida la persona que gestará a un hijo que no es de ella, es indispensable advertir que su vida se verá modificada en todas sus esferas, como en el terreno:

- laboral, ya que toda actividad laboral exige un desgaste.
- familiar, su interrelación con los suyos se verá limitada en el caso de que tenga hijos y cónyuge
- social, se verá sometida a los comentarios que se puedan generar en su entorno
- sexual, su actividad tendrá que ser programada por indicaciones médicas
- mental, se orientará puesto que en su vientre existe una persona que no verá crecer
- alimenticio, estará sujeto a la ingesta de nutrientes propios del estado de embarazo

Además de estas características, se deberá tener en cuenta si es que la mujer o persona gestante ya tuvo hijos, ya que se prevé que al no haberlos tenido puede existir la posibilidad de que se genere un vínculo afectivo entre ella y el feto.

De todo lo descrito, no se puede generalizar que todo proceso reproductivo de esta naturaleza tenga que ser así, pues se cuenta con las diferentes particularidades de casos en los que pueden intervenir factores como el cultural o social, u otros factores que traerán como consecuencia que esta práctica sea diversificada en todos sus elementos. Empero, no tiene que dejar de observarse un procedimiento legal y apegado a los derechos humanos que se adecúe a las necesidades de todos los participantes, con el fin de evitar afectaciones que puedan repercutir en acciones legales ante los órganos jurisdiccionales correspondientes, juicios dilatorios con consecuencias que traigan consigo un desgaste físico y emocional para todas las partes intervinientes.

CAPITULO II

**Antecedentes de la procreación humana y de la
gestación subrogada**

“... es importante mirar en retrospectiva el pasado histórico, porque en éste se encuentran ciertas realidades del presente y el horizonte futuro.”

*Dr. Mario Magallón Anaya**

*investigador Titular del Centro de Investigaciones sobre América Latina y el Caribe de la UNAM; Profesor de la Facultad de Filosofía y Letras de la UNAM; investigador de la Filosofía de la Educación en América Latina y de la Filosofía Política en América Latina. Contacto: mariom@servidor.unam.mx.

CAPITULO II

ANTECEDENTES DE LA PROCREACIÓN HUMANA Y DE LA GESTACIÓN SUBROGADA

2.1 Origen y evolución humana

La historia de la humanidad es un tema ya poco visitado por los que habitamos el planeta Tierra debido a que permitimos y alentamos la invasión de todo un amplio abanico de creaciones artificiales que van absorbiendo nuestro ejercicio cognoscitivo, aunado a que estas actividades humanas también nos hacen creer que todo está resuelto en un mundo ordinario y que la necesidad de indagar sobre nuestros orígenes ya no es indispensable.

Aún con esto, será necesario referirnos al tema con el objetivo de dar una visión de nuestra situación en el mundo y concebir así el desarrollo de algunas de las diversas esferas humanas.

Es por demás decir que a partir de la combinación de sustancias organizadas de manera termodinámica, es que nuestro planeta tomó vida, y “Nosotros, vivientes, constituimos una pajilla de la diáspora cósmica, unas migajas de la existencia solar, un menudo brote de la existencia terrenal” (Morin 1999, p. 23). Lo anterior puede ser un resumen resultado de haber superado las teorías creacionistas y de haber refutado la espontaneidad de la creación de la vida, debido a que los científicos modernos argumentaron que el origen de la vida se pudo haber dado en un largo proceso organizativo, al respecto Alexander Oparin y John B, S. Haldane postularon que:

Algunos tipos de moléculas lograron sobrevivir mejor que otras en el ambiente sin vida de la Tierra primitiva [...] Esta versión química de la “supervivencia del más apto” se llama evolución *prebiótica* (que significa “antes de la vida”). [...] la evolución química prebiótica

dio origen a moléculas cada vez más complejas, y en un momento dado, a organismos vivos. (Audesirk *et al.* 2012, p 319).

Algunos expertos en el tema³⁵ también opinan que el Ácido Ribonucleico (ARN) pudo haber sido la primer célula de información autoreplicante, opinión que respalda la hipótesis de que la vida en la Tierra surgió en un contexto absoluto de ARN, de acuerdo a esta opinión se puede decir que “la era actual de vida basada en ADN [Ácido Desoxirribonucleico] estuvo precedida por una donde el ARN servía tanto de molécula genética portadora de información como de enzima catalizadora de su propia replicación” (Audesirk *et al* 2012, p. 321).

Diversas especies que habitaron nuestro planeta en diferentes ecosistemas son fieles testigos de las diferentes eras en las que los expertos en la materia han dividido la evolución de la vida en la Tierra.

Según la antropología prehistórica, durante millones de años, se desarrollaron diferentes procesos evolutivos y en uno de ellos al constituirse la biósfera, aparecen las primeras expresiones de vida. Una de las hipótesis de la evolución de las especies vivientes plantea que, después de haber superado las eras geológicas³⁶, el proceso de hominización, en el que los primeros representantes se considera heredaron algunas adaptaciones de antiguos primates que vivían en los árboles, experimentaron su propia metamorfosis corporal como:

³⁵ El tema de la Evolución de la vida tiene varias vertientes y fuentes que en la actualidad todas son refutables desde la posición científica, pues está repleta de suposiciones e hipótesis de las que es posible obtener algunas conclusiones.

³⁶ La historia de la vida sobre la Tierra está dividida en eras: Precámbrica, Paleozoica, Mesozoica, y la actual, la era Cenozoica (Audesirk *et al.* 2012, p. 323)

proceso de bipedización, de manualización, erección del cuerpo, cerebralización, juvenilización (el adulto que conserva los caracteres no especializados del embrión y los caracteres psicológicos de la juventud), complexificación social, proceso a través del cual aparece el lenguaje propiamente humano al mismo tiempo que se constituye la cultura, capital adquisición de los saberes, saber-hacer, creencias, mitos, transmisibles de generación en generación... (Morin 1999, 24).

Orillados hacia los nuevos caminos de aprendizaje sobre los fenómenos que sucedían a su alrededor, además del ámbito social, experimentaban comportamientos en los que poco se preocupaban de las consecuencias que sus propias conductas podrían impactar sobre de otros; es decir, existía una indiferencia inconsciente de los vínculos afectivos entre ellos. De la evolución de este proceso de hominización salta el proceso de humanización, que resultó ser el inicio de la creación de nuevas esferas que rodearán la existencia de los, ahora, humanos.

La necesidad de despejar las interrogantes³⁷ que nacían a diario sobre la sobrevivencia del *homo sapiens*, como ser biológicamente compuesto dentro de una sociedad producida por la misma interacción entre ellos, orilló a las anteriores sociedades a estructurar sistemas de convivencia con el fin de que las interacciones se llevaran a cabo de la manera más armónica posible. Así, en lo que nos atañe, una afluencia de diversos complejos sociales se fue dando en la existencia de la humanidad, hasta llegar a los conocidos sistemas de convivencia, no siempre en armonía, con otros desarrollos

³⁷ Según Carl G. Jung (1979) en su obra *El hombre y sus símbolos*, la conciencia humana fue el resultado de un proceso lento y laborioso que data del 4,000 antes de la era cristiana. (p. 23).

que han ido facilitando y sofisticando, al mismo tiempo, la existencia para una supuesta satisfacción de nuestras necesidades en las diferentes partes del globo terráqueo.

2.1.1 *La condición humana*

Se debe reconocer que, como seres vivos que somos, una de las condiciones que compartimos con el reino animal, es precisamente esa: la condición animal. Parafraseando a Dobernig, el ser humano, al igual que los animales, tiene el instinto natural de reproducirse con el propósito de perpetuar la especie (2018, p. 254); es decir, esta característica reproductiva de la especie que compartimos con los animales que se da desde el proceso de hominización, muestra cómo la fórmula animalidad y humanidad componen nuestra humana condición.

ANIMALIDAD + HUMANIDAD = CONDICIÓN HUMANA

Los hechos evolutivos nos han dejado una identidad biológica decretada por la evolución a través de un proceso de millones de años; así, la vida en nuestro planeta "...Se ha desarrollado no solamente en especies diversas sino también en ecosistemas donde las predaciones y devoraciones constituyeron la cadena trófica de doble cara: la de la vida y la de la muerte." (Morin 2005, p 24).

Edgar Morin (1999) resuelve de ciertos indicios, que una condición del cerebro humano está integrada por una serie de características heredadas de los cerebros de los reptiles y mamíferos formando los dos hemisferios cerebrales y dando como resultado la base de las habilidades analíticas y lógicas. Esta fase de la complejidad humana atribuida

a la animalidad mamífero y reptil, continua Morin, implica conflictos permutables y rotatorios entre la impulsividad, el corazón y la razón.

Luego, es posible considerar que mediante la relación que existe entre la impulsividad y la razón descrita por Morin, el complejo humano y el proceso reproductor es que los miembros de la especie van interactuando dando inicio a grupos de individuos, mismos que van formando familias conteniendo el mismo vínculo biológico, y la interacción de éstas a su vez producen la llamada *sociedad*.

Empero eso no es todo, los conocimientos y aprendizajes acumulados durante todo el proceso evolutivo afirman que éstos se aprenden, se conservan y se transmiten como normas de comportamiento. La caza es un ejemplo de esas normas de comportamiento que caracteriza el proceso de hominización, y era una actividad exclusiva de los hombres que organizaba a la sociedad, y al ser así, las mujeres eran relegadas al cuidado de los hijos y destinadas a la recolección de alimento vegetal, “Así pues, no son las reglas de parentesco, sino las de distribución económica [...] las que constituyen *la primera ley socioantropológica*” (Morin 2005, p. 79).

En relación a lo anterior, Hannah Arendt (1993) expone que la *acción* es la única actividad que se realiza entre los seres humanos sin que exista cosas o materia de por medio, la acción humana crea la condición para el recuerdo, para la historia; y, sobre todo “mantiene la más estrecha relación con la condición humana de la natalidad; el nuevo comienzo inherente al nacimiento se deja sentir en el mundo sólo porque el recién llegado posee la capacidad de empezar algo nuevo...” (p. 23).

De ahí que la necesidad de reproducirse se traduzca en un profundo deseo de continuidad del vínculo sanguíneo; dado que, por medio de este condicionamiento social y económico se va a notar una identidad particular en cada grupo de individuos, como lo

puede ser el principio de pertenencia y la identidad generada por las actividades propias de hombres o mujeres en las que solían desempeñarse en cada núcleo familiar.

En el ámbito individual, cada uno lleva “en sí cerebral, mental, psicológica, afectiva, intelectual y subjetivamente caracteres fundamentalmente comunes y al mismo tiempo tiene sus propias singularidades cerebrales, mentales, psicológicas, afectivas, intelectuales, subjetivas...” (Morin 1999, p. 27), y justamente de estas características surge la diversidad humana con organizadores y principios propios. Así, cada conjunto de individuos cuenta con caracteres que los diferencian y distinguen de otros más; un motivo más que abona al deseo de continuidad y de sobrevivencia de una línea sanguínea que conserve esa distinción.

Es así que, al estar asegurada la continuidad humana por la procreación, ese eterno deseo de conservación se ve materializado mediante la reproducción y continuidad genética por una interacción individual, donde el resultado de la misma son los descendientes, a los que se les cría, se les cuida y se les enseña de la misma manera en la que fueron criados el padre y la madre prolongando la citada continuidad y pertenencia a una familia; en otras palabras, uno de los objetivos de nuestra existencia es perpetuarla, y romantizados por la producción humana, es la de engendrar y ver crecer a un hijo o hija para que sea educado y criado con dedicación y amor paternal y/o maternal dentro de un núcleo familiar.

Pero eso no es todo, el deseo de procrear un hijo o una hija va más allá del propósito de criarlo y cuidarlo; tener un hijo propio forma parte de la *cosmovisión*³⁸

³⁸ “El ser humano es un ser en constante búsqueda de sentido, quiere saber quién es, qué lugar ocupa en el universo, necesita de un cuadro ideológico-valorativo que le sirva para sus decisiones ante la vida. Este cuadro es imprescindible para tener identidad; si es aceptado sin una crítica metódica racional, recibe el nombre de cosmovisión. (Villoro, citado en De la Torre 2007, p. 5)

humana, pues así nos lo refiere el maestro Villoro al exponer que “El ser humano es un ser en constante búsqueda de sentido, ...” (citado en De la Torre 2007, p. 5); y compartir el mundo con un descendiente directo puede ser el resultado de esa búsqueda de sentido.

2.1.2 El proceso de condicionamiento a la gestación subrogada

Con el paso del tiempo el ser humano se va complejizando en ese afán de dominar su mundo y a lo largo de nuestra historia ha existido la necesidad de relacionarse con otros iguales, lo que nos lleva a coincidir con lo dicho por Morin (1999, p. 26) en relación a que “los individuos son el producto del proceso reproductor de la especie humana”; es decir, al satisfacer esa necesidad de reproducción al mismo tiempo se está llevando a cabo el proceso de multiplicarnos. Así, la hegemonía de ese deseo de perpetuar la especie humana mediante una descendencia biológica y directa; ha hecho que, con el paso del tiempo, evolucione de tal manera que el aludido deseo haya sido conceptualizado como parte de un bien común.

Sin embargo, como una limitante a la reproducción humana de forma ordinaria, el desarrollo de nuevas formas de núcleos sociales compuestos por personas del mismo sexo o por una sola persona han impedido que la reproducción humana se lleve a cabo de manera natural; o por existir padecimientos fisiológicos que impiden que esos objetivos, o deseos humanos, sean de imposible realización pues siempre han existido situaciones que hacen imposible la empresa de llevar a cabo la materialización de esas pretensiones.

A pesar de todo, el ser humano ha conducido su existencia de tal manera que nos esforzamos por desarrollar e imponer soluciones a los impedimentos de los satisfactores

de nuestras necesidades. La incertidumbre se va despejando con el paso del tiempo, y ante los problemas que interrumpen la continuidad de una línea sanguínea de un grupo de seres humanos, el desarrollo de técnicas que nacen de la racionalidad hace su aparición logrando el propósito de supremacía humana.

Así, los problemas como los de infertilidad o de incapacidades para procrear que han afectado el cauce de la existencia humana y que desde tiempos inmemoriales las sociedades han padecido, aunado a la formación de familias sobre una estructura homoparental o monoparental, han hecho que la concepción de un hijo o hija sea sólo un objetivo idealizado que apuntala el sentido de pertenencia a ese núcleo social o a un tipo de familia. Esta descendencia sanguínea se ha traducido como una obligación social que se cree otorga cierta solidez a la casta; además de que, su idealización se da de tal manera que los esfuerzos por llevarla a cabo se magnifican y se traducen en prácticas que exceden los límites en las esferas vitales de otros seres humanos.

Como se ha dicho, existen factores que han hecho que hasta ahora, en algunos seres humanos, se dificulte o imposibilite el mencionado ejercicio de reproducción humana de manera natural; por lo tanto, la aparición de la tecnología en la práctica de la reproducción humana ha logrado que ese desarrollo tecnológico tenga una finalidad: auxiliar a personas con problemas fisiológicos o a personas que forman parte de familias homoparentales o monoparentales que le imposibilitan la práctica de manera natural, de la reproducción humana, de la gestación y procreación de una descendencia directa.

En resumen, al ser nuestra especie, el resultado de reacciones químicas y biológicas en conjunto con factores sociales; al ser posible una desmesurada irracionalidad que nos lleva a concebir de manera ilusoria la realidad; además de subordinar nuestra capacidad de raciocinio a nuestros propios deseos, somos

conducidos por los caminos de la potencialización humana y a creer que somos el pináculo de las especies. Hemos sido sometidos a la creación y al uso de sofisticadas tecnologías para la satisfacción de las necesidades humanas como lo es la reproducción humana por medio de las TRHA, con el objetivo de que todas las personas puedan ver realizadas las aspiraciones de una descendencia genética propia.

2.1.3 La gestación subrogada a través de la historia

Para explicar los hechos actuales referentes a la gestación subrogada, será necesario que observemos el citado fenómeno desde sus antecedentes, pues la reproducción humana ha sido el vehículo que se ha procurado para perpetuar nuestra existencia dentro de un núcleo social; y, no es un secreto que desde las culturas ancestrales este objetivo de satisfacción siempre ha sido buscado, pues se puede considerar que la estructura social esta cimentada sobre la unión de la sexualidad, la gestación y la filiación.

Constatado por los descubrimientos arqueológicos, la fecundidad y la fertilidad humana era divinizada y representada por medio del arte primitivo en el que se expresaban cuerpos femeninos a los que, seguramente, les era pedido el favor de concebir o por lo menos se expresaba una limitante para ello.

Dejando a un lado las doctrinas creacionistas, en la antigua Mesopotamia en el año de 1760 a. C. el Rey Hammurabi, expone el Código que lleva su nombre. En dicho cuerpo legal, se regulaba la maternidad sustituta, “donde de modo general la práctica consistía en que las mujeres esclavas dieran hijos a los amos cuando la infertilidad de las esposas de éstos no les permitía tener descendencia.” (Viteri, 2019, p. 20). Además de que en la misma ley se disponía que la actividad que desempeñaba las madres en

alquiler no fuera susceptible de comercio. Esto se podría considerar como uno de los primeros antecedentes de maternidad sustituta regulada desde un Código “emitido por una autoridad”.

Esta práctica también era común en otras épocas y en otras latitudes del planeta, como muestra podemos mencionar que en Egipto durante el siglo XVI a. C. el faraón Amemhotep I tuvo que recurrir a una esposa secundaria para procrear a su hijo heredero, el faraón Tutmosis I, así también, en la antigua civilización greco-romana el rey Deyotaro de Galacia junto con su esposa estéril Estratónica escogieron a Electra su sierva para que procreara (Cruz 2014, p. 14).

Un caso más es el que se da en la cultura hebrea donde existía la opción de la adopción ante la imposibilidad de procrear, puesto que se consideraba como un deber la fertilidad en la mujer, y del incumplimiento de este deber resultaba el divorcio, hecho que era considerado como una desgracia para las mujeres, y para subsanar esta limitante era usual la poligamia en los patriarcas (Crochetti, citado en Mir 2010 p. 4). En este caso, no sólo la gestación de los hijos o hijas estaba supeditada a la subrogación de un vientre, sino todas las funciones que desempeñaba la mujer eran las que estaban subrogadas por otras mujeres, precisamente por haber adoptado, en un momento dado, el carácter poligámico en las familias.

En épocas posteriores, como el medioevo, no se cuenta con datos que nos puedan describir alguna solución para los problemas de infertilidad, periodo que se caracterizaba por concebir un mundo céntrico y finito, con una sociedad en la que cada individuo desempeñaba una función determinada sin que tuviera la posibilidad de representar otra actividad. Estas características pudieron influir seguramente en la forma en la que los individuos de la época admitían o no la posibilidad de recurrir a formas para

el auxilio de los problemas de infertilidad; además de que, si esto sucedió así, lo más probable es que dichos acontecimientos no eran transmitidos pues al no contar con las herramientas para transmitir la información, los datos no tenían la importancia debida para documentarlos.

Así, se puede asegurar que la sustitución de un vientre para la concepción de una descendencia familiar como solución al problema de incapacidad reproductiva, era ejercida dentro de cualquier sociedad existente desde antes de nuestra era; por lo tanto, es posible tener una postura, si no sólida de su anterior conceptualización como la conocemos hoy en día, sí se puede decir que dicha práctica era contemplada de manera recurrente como una alternativa a la incapacidad de procreación por parte de la mujer, y de acuerdo a las características sociales y morales de la época, sin más formalidad que el consenso del marido y la mujer puesto que en relación a la voluntad de la sierva o esclava, estaba sometida desde el momento en que esta última era determinada con la calidad de servidumbre. Es obligación mencionar que en el caso descrito, para la gestación y concepción del hijo o hija deseada mediante esta alternativa, la cópula no era vista de manera contraria a su moral o como antisocial.

A pesar de que existe esta laguna histórica en la que no se cuenta con información que nos remita a casos específicos de maternidad sustituta, se puede asegurar que estos acuerdos siempre han existido. A lo único que nos puede llevar esta ausencia de información en gran parte de la historia de nuestra era, es que el préstamo de vientres se pudo haber dado de manera clandestina.

Esto se puede deber a dos motivos: primero; a que a lo largo de los pasajes históricos de las civilizaciones se han desarrollado costumbres o normas sociales que podrían haber limitado o prohibido, en su momento, el préstamo de vientres como

alternativa al problema de la infertilidad humana; puesto que, al no contar con la tecnología para llevar a cabo el proceso de fertilización de manera artificial, éste tuvo que haberse dado corporalmente de manera directa entre las personas, y tal procedimiento pudo haber atentado en contra de la institución familiar o de las normas morales del momento; o segundo, a que los métodos de la época de inseminación artificial sólo los podían alcanzar los núcleos de personas que ostentaban alguna forma de poder político, económico o social, por lo tanto los problemas de fertilidad que podían llegar a padecer algunos de sus integrantes eran secretos guardados en las altas familias, de tal manera que nadie externo al círculo familiar podía tener conocimiento y por consecuencia no se conocía de forma pública.

En estas hipótesis, también se puede considerar como una barrera para la documentación, la forma en que se transmitían los acontecimientos era de forma oral en la mayoría de las ocasiones. En tales supuestos, de haber existido casos donde se subsanaron las limitaciones de la reproducción humana, estos sólo se quedaron en la memoria de los participantes directos, de tal suerte que no fueron transmitidos ni documentados para las generaciones venideras.

Aunque el fenómeno en cuestión no se puede establecer de manera clara durante el Renacimiento,³⁹ sino hasta después de conceptualizarlo como resultado de la tecnología aplicada al auxilio de la infertilidad humana, se puede contar que, en 1785 de manera alterna al modo natural de reproducción humana, Juana de Portugal segunda

³⁹ Luis Villoro (1992) describe esta época como la ruptura del modelo arquitectónico de un mundo cerrado y céntrico, donde nuestro planeta deja de ocupar un lugar central del Universo infinito y en su lugar ubican a el Sol, el centro de la Tierra puede ser cualquier lugar de esta, y el “signo de grandeza del hombre está en la actividad creadora que desempeña en este mundo” con la posibilidad de que éste injiera en la naturaleza y la transforme.

esposa de Enrique IV de Castilla, fue inseminada artificialmente con resultados desfavorables, hasta que en 1890 se realizó una inseminación mediante un donante de semen. (Guzmán, citado por Beetar p. 4)

Ahora bien, en nuestros días existen comunidades en las que la tecnología no es tomada en cuenta por diversos factores, tanto geográficos como políticos y económicos, donde las costumbres suelen ser una alternativa ante los problemas de esterilidad como lo es en Mali, África, lugar en el que es aceptada la poligamia como una posibilidad para formar una familia con hijos propios (*Anthropology News*, citado por Mir 2010). Es claro que estas prácticas históricas de sustitución de un vientre no se pueden comparar con las que actualmente se llevan a cabo; sin embargo, sí se puede resaltar que el objetivo de ambas experiencias es en el mismo sentido: la de reproducirse de alguna manera.

Ya entrados en el siglo XX, la aplicación de técnicas de reproducción asistida fue utilizada, primeramente, en la reproducción de animales; mientras que, la reproducción humana que pudiera ser alcanzada por medio de la tecnología para el auxilio de las personas con problemas de fertilidad o esterilidad sólo se encontraba en el tintero de algún científico. Al respecto, Hernán Corral (citado por Llontop, 2021) inscribe diversas técnicas como la inseminación artificial, la fecundación *in vitro* y la transferencia de embriones como el proceso complementario de la fecundación *in vitro*.

El primer ejercicio de fecundación por medio del llamado procedimiento *in vitro* fue llevado a cabo en el año de 1944 en Harvard, donde ginecólogos fecundaron un óvulo humano en un tubo de laboratorio resultando un embrión bicelular desarrollado (Cruz, 2014, p 15). En el año de 1967, las manos del biólogo Robert Edwards y del ginecólogo

Patrick Steptoe⁴⁰, alcanzaron la primera fecundación de un óvulo humano mediante el procedimiento *in vitro* (Cruz 2014, p. 15).

Un hecho que es considerado como el inicio de la *maternidad subrogada*, según Llontop (2021, p. 17), es el acontecido en 1975, año en el que se publica, en un periódico del estado de California en Estados Unidos de América, una solicitud para que una mujer sea inseminada de manera artificial a cambio de una prestación económica.

Ya en adelante, se han encontrado diversos datos en los que no existe un acuerdo generalizado por los expositores de la materia en relación a las fechas y casos a los que se les puede atribuir el inicio de la práctica. No obstante, se puede contar que, en el año de 1976, en Estados Unidos se llevó a cabo el primer acuerdo resultando un embarazo mediante la inseminación artificial (Albornoz & Velarde, 2020, p 4); y en el mes de noviembre de 1977, un embrión de ocho células fue transferido a un útero (Cruz 2014., p,16); posteriormente, diversos científicos de diferentes países se fueron sumando a los exitosos resultados del procedimiento *in vitro*; por mencionar algunos, en el mes de julio 1978 nació la primera niña *in vitro* en Inglaterra (Lamm, citada en Albornoz & Velarde, 2020, p 4-5). Parte de este referente histórico es la siguiente síntesis que expone que:

... en el año de 1980, en Melbourne, Australia; en el laboratorio de Carl Wood y Alex Lopata se produjo de manera exitosa la concepción y el nacimiento de un varón a través del procedimiento antes citado. Un año más tarde, en 1981 se realizó el primer programa exitoso de fecundación *in vitro* en Estados Unidos. Otro dato que permite visualizar los orígenes de la figura de la subrogación uterina es el suscitado en Francia, en el año de

⁴⁰ A ambos científicos se les atribuye la categoría de fundadores de la actual técnica de fecundación *in vitro*, según lo expresa Ana Luisa Cruz Ramos en su proyecto de investigación *La Subrogación Uterina, Breve Estudio Comparado* (2014).

1982, en donde el doctor Sacha Geller fundó el CEFER (Centro de Investigaciones de Técnicas de Reproducción), asociación destinada a vincular a parejas estériles con madres subrogadas. (<http://www.surrogacy.ru/index-esp.php>. citado en Cruz Ramos 2014, p. 16),

Es justo decir que con estos acontecimientos se da el inicio formal de las llamadas Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), o también conocidos como procedimientos médicos que tienen como finalidad la fecundación de un óvulo con el espermatozoide, así como la implantación de este embrión en el útero de la mujer para su desarrollo hasta su nacimiento.

Parte de las experiencias en los inicios de la subrogación uterina, se fueron dando en las diversas formas en las que se sostenía que los más idóneos para participar en los procedimientos de la práctica mencionada podían ser los familiares directos de las personas con problemas de esterilidad. Como ejemplo de ello se puede citar el caso llevado en el año de 1987 en Sudáfrica (Cruz 2014, p. 16) en el que una abuela, después de haberse sometido al procedimiento in vitro, trajo a la luz a sus propios nietos en favor de su hija. Esta decisión fue tomada ante el temor de que una mujer ajena al círculo familiar que alquilara su vientre se pudiese quedar con el menor al nacer, esto último es debido a que la Ley de Sudáfrica consideraba que los hijos eran de la mujer que los trajo al mundo; por tales razones, los padres biológicos tuvieron que ceñirse a lo estipulado en las reglas referentes a la adopción.

Casos similares fueron ocurriendo en diferentes países en donde a mujeres, de manera solidaria, le implantaban embriones fecundados con los óvulos de sus hijas, convirtiéndose en madre y abuela al mismo tiempo; en otros casos la mujer muestra su

apoyo con su propia hermana o prima; y de esta manera se podría citar una diversidad de casos en los que familiares directos deciden, en una muestra de solidaridad, prestar su vientre para la gestación del nuevo ser que será integrante de su propia familia. Pero lamentablemente de la misma forma, también es posible observar una larga lista de casos en los que se generaron conflictos como consecuencia de la relación cercana que existe entre la persona que gesta, entre las personas que optaron por la gestación subrogada y entre el menor nacido mediante el auxilio de un procedimiento técnico de reproducción humana.

En el año de 1976, la inseminación artificial es relacionada directamente con la maternidad subrogada por medio de Noel Keane en Norteamérica, quien fundó la Surrogate Family Service Inc., en el estado de Michigan, Estados Unidos, con el supuesto fin de auxiliar a parejas de personas con limitaciones para procrear; quien, además de darles acceso a las llamadas en ese momento madres sustitutas, se hacía cargo de los trámites que se requerían para el arreglo de todo el procedimiento de subrogación (Arteta, citado en Beetar 2019, p. 139).

Ahora bien, en los casos en que la mujer o persona gestante tiene la calidad de ser externa al círculo social y familiar, también se enfrenta otro tipo de disyuntivas, por si no fueran pocos los problemas que conlleva esta práctica: en 1988 se da el primer conflicto que conoció un Tribunal Judicial referente ya al propio concepto de maternidad subrogada que fue llamado el caso de la “Baby M” (Leonseguí, 1994, p. 326-328) del que se generaron diversas posiciones.

Lo anterior es debido a que la mujer o persona gestante, al aportar su óvulo decidió no entregar a la menor después de nacida la niña, mientras que el padre que poseía el vínculo directo genético-biológico demandó el reconocimiento de la niña como

su hija. En este caso convergen diversas aristas en el terreno de lo jurídico, como la filiación y custodia de la menor, la prestación económica, la condición socio económica de las partes, la intención de ser padre y madre, la relación contractual de gestación subrogada, la figura de la adopción, el interés superior del menor; y demás vértices que se diluyeron en una sentencia que en su momento permeó en la sociedad norteamericana.

Además de las posibles implicaciones sociales, religiosas, económicas y psicológicas que se dan, no sólo en las relaciones cercanas entre las personas que exigen el acceso al derecho de procreación, habría que añadir a la ya compleja actividad de reproducción asistida, las cuestiones legales y morales que encierran limitantes debido a la identidad sexual, esto en relación al deseo de formar una familia compuesta por personas del mismo sexo; o, simplemente porque hay personas que decidieron vivir en soltería y desean tener una descendencia propia sin necesidad de convivir con una pareja dentro de su esfera personal; o, por que el objetivo original de la práctica de gestación subrogada se ha ido diversificando en tanto que existen personas que optan por llevarla a cabo, aún sin tener problemas de fertilidad, sino sólo por cuestiones de estética.

Otra parte más que tuvo una injerencia en la práctica de la gestación subrogada, es la incursión de agencias y clínicas que ofrecen el servicio, incluyendo la intervención de una asesoría jurídica y un registro de personas dispuestas al servicio de gestación humana de manera subrogada para que se pueda hacer una selección de ellas de manera selectiva, repercutiendo en la complejización de la práctica en comento, puesto que éstas empresas sólo buscan la satisfacción de sus intereses personales y dejan de

lado las consecuencias en relación a la dignidad de las personas que llegan a participar en la gestación subrogada.

2.2 Experiencia internacional

Es un hecho que la gestación subrogada ha tomado terreno relevante alrededor del mundo; de manera tal, que se ha convertido en un fenómeno social que rebasa las fronteras y que, además de satisfacer las necesidades reproductivas del ser humano cuando el desarrollo natural de éstas está condicionado, también lleva consigo una sustancial preocupación en relación a la protección de los derechos humanos, pues no se puede negar que la práctica se encuentra asociada a una actividad en la que se desarrolla una forma de explotación de la mujer.

La práctica de las TRHA, en un sólo contexto histórico y geográfico, actúa dentro de la rama del Derecho Privado, puesto que en las relaciones entre particulares se desarrolla el acuerdo de gestación subrogada, y ya para trasladar el acuerdo entre particulares al terreno internacional es necesario que adoptemos la definición del Doctor Werner Goldschmidt (citado en Castillo 2017, p. 2) cuando nos dice que Derecho Internacional Privado:

es el conjunto de los casos *ius privatistas* con elementos extranjeros y de sus soluciones, descritos casos y soluciones por normas inspiradas en los métodos indirecto, analítico y sintético judicial, y basadas las soluciones y sus descripciones en el respeto al elemento extranjero.

Aún con este conocido concepto, la serie de cuestiones éticas y jurídicas que se

presentan cuando se practican a niveles internacionales, dada la interacción de leyes nacionales con las internacionales, aunado a la observancia de Tratados Internacionales, se desarrolla una confrontación entre los principios y valores de cada Estado y el conjunto de principios que tienen relevancia en el ámbito internacional; además, hace que el ejercicio de subrogación en cuestión sea de difícil traducción para los interesados.

Esto se debe a las diferentes posturas que sobre el tema se desenvuelven dentro de los diferentes países; posturas que se pueden dar desde los aspectos sociopolíticos como morales, económicos y jurídicos que ya son parte de una estructura social arraigada en cada nación, “lo cual es fácil apreciar desde el momento en que se externan juicios morales de pretensión universal sobre la utilización de distintas técnicas de reproducción asistida.” (Bailey, citado en Ruiz & Valdés, p. 8).

Con esta breve visión del tema desde el ámbito internacional, se puede establecer que la pluralidad jurídica resulta ser un obstáculo para el buen desarrollo de la gestación subrogada entre la comunidad internacional; en otras palabras, en nuestro planeta existen varios sistemas jurídicos que al exponerlos a los mismos hechos dan como resultado una variedad de posturas no siempre en el mismo sentido.

La exigencia es la misma: garantizar el acceso al derecho reproductivo de una población mundial y en cualquier parte del mundo; aunque los sistemas jurídicos no sean los mismos, sí deben coincidir en que los mencionados derechos deben ser protegidos desde una conceptualización universal de un derecho subjetivo y preponderante en el ámbito humano.

Esto nos lleva a coincidir con lo expresado por Oscar Correas (2007, p. 105) cuando afirma que “algunas conductas están modalizadas, en dos o más sistemas, de manera contradictoria, esto es, siendo obligatorias según un sistema y prohibidas según

otro.”; así, la *gestación subrogada* como consecuencia positiva del ejercicio de los derechos reproductivos, no obstante sea un reclamo por el reconocimiento de un derecho universal⁴¹ debido a que coexiste al mismo tiempo en varios sistemas normativos, sólo es tolerada en algunos países, mientras que en otros es una conducta prohibida; y en el mejor de los casos, su reconocimiento jurídico es expreso pero limitado o tolerado en relación a las necesidades actuales. Al respecto Eleonora Lamm (2013) estableció la existencia de tres posturas que sobre dicha materia han adoptado los países: su prohibición, su admisión condicionada a ciertos requisitos y su admisión amplia.

Sólo por mencionar algo de este abanico internacional de posturas, se puede nombrar a países en los que esta práctica está contemplada como legal, siempre que se trate de un acuerdo altruista y bajo ciertas condiciones: Canadá, Reino Unido, Brasil, Israel, Grecia, Australia, Sudáfrica y Nueva Zelanda, y de manera relativa en México, en el estado de Tabasco (Estrada, 2018). Los países en los que se prohíbe y es nulo todo acuerdo es en Alemania, Austria, España, Francia, Italia, Suecia, Suiza; para esto Beetar (2019) citando a Flores, menciona que la prohibición en estos países se puede deber a disposiciones generales, por la falta de tolerancia o por las dudas sobre una hipotética legalidad.

Por último, los países que consideran que la maternidad subrogada es una práctica legal y que siguen ajustando sus marcos regulatorios y así “reducir la posibilidad de explotación a la cual se pueden ver sometidas las madres gestantes” (Beetar 2019,

⁴¹ En la Conferencia del Cairo celebrada en El Cairo, del 5 al 13 de septiembre de 1994 se exhorta a la comunidad internacional para que dirijan sus acciones a fin de asegurar los derechos reproductivos principalmente los de las mujeres. Disponible en: http://www.un.org/popin/icpd/newslett/94_19/icpd9419.sp/1lead.stx.html.

p. 151) son Georgia, Ucrania, India, Rusia, Estados Unidos de América, y Argentina; Colombia. (Ruiz, citado en Beetar 2019, p. 143).

Debido a que las causas que cada país antepone son diversas y a que genera movimientos sociales y consecuencias jurídicas en el terreno internacional, es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), recomienda una legislación en sentido positivo a fin de evitar la prohibición del uso de las TRHA “y reconoce que el derecho a acceder a tales técnicas guarda relación con el derecho a la vida privada y a la libertad reproductiva” (CIDH, Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, citado en Albornoz & López, 2017).

Apuntalado por lo anterior, las Cortes de cada país intervenido por la corriente de la subrogación materna, se han pronunciado en diferentes sentidos; dado que, no existe un enfoque jurídico homogéneo que guíe la citada conducta por caminos de universalidad entre los principales actores de cada entidad internacional, pues como es de esperarse, para la toma de las decisiones judiciales, se toman en cuenta diversos factores como el tono de la reacción social, política y económica que se pudiera dar en las diferentes sociedades de cada Estado.

2.2.1 La transfronterización de la gestación subrogada

La existencia de diferentes legislaciones en ciertos países, el costo económico dada la libre competencia y las implicaciones que acarrea el traslado de residencia de los interesados a otros países son factores que no han detenido la búsqueda de las personas por convertirse en padres y madres biológicas, no obstante, por medio de métodos debatibles por ciertos sectores. Estos factores suelen ser algunos de los motivos por los cuales las personas que deciden adoptar las TRHA eligen tal o cual

destino, decisiones que fortalecen el vértice de la llamada transfronterización de la gestación subrogada o «turismo reproductivo» definido por Farnós (citado por Lamm 2013 p. 194) como *“el desplazamiento de un individuo o pareja desde su país de origen a otro país para acceder a las TRA”*.

Una cuestión en constante análisis por los especialistas en aspectos de Derecho Internacional Privado en esta tendencia global es la de expresar los motivos por los que, sólo en algunos países, se recurre con más regularidad a las TRHA como método para la concepción de un hijo o hija y ello se debe a la prohibición o aceptación de esta práctica en los diferentes países.

Un ejemplo claro de esta aceptación es la que se da en la India, pues sus leyes han sido permisivas a tal grado que la práctica del método reproductivo por medio de la tecnología es una actividad económica con bastante regularidad, pues genera ingresos económicos considerables con la intervención de aproximadamente 200.000 clínicas privadas con este servicio (Amador, citado en Cadavid & Barrera, s. f., p. 8), pero al mismo tiempo genera la explotación de los cuerpos de las mujeres o personas gestantes.

Al respecto Amrita Pande (citada por Dobernig, 2018, p. 283) menciona que esta actividad le genera al cónyuge una percepción económica equivalente a cinco años de trabajo, claro que en estos casos habría que ver de qué manera es vista la mujer, pues sus derechos se ven limitados por renunciar al tiempo de convivencia con su familia a cambio de vivir en albergues para la atención de su embarazo. En esta cuestión, al ser el hombre el que tiene los reflectores sociales y la dirección familiar, la mujer no distingue como una imposición familiar la toma de esta decisión ya que ésta es tomada abnegadamente en vista de los beneficios económicos que obtendrá para los suyos; por

lo tanto, el modelo patriarcal⁴² en este país, al que suelen obedecer los mecanismos jurídicos, no permite un ejercicio ponderativo en los derechos de las personas de forma igualitaria.

Sin embargo, y a pesar de los contrastes sociales, para las cortes judiciales de los Estados Unidos de América, la interpretación del derecho a la reproducción humana por medio de las TRHA se ha determinado en cuatro rasgos:

a) existe una regulación del contrato a partir de la ley y la jurisprudencia, b) no hay una posición uniforme entre los estados frente a la validez jurídica del contrato, c) se acude a la noción de orden público y a las normas del derecho de familia para aceptar o rechazar su validez, y d) la regulación del contrato está encaminada a contrarrestar los efectos negativos que se derivan del fenómeno de maternidad subrogada. (Martínez & Rodríguez, 2012 p. 62).

Estos aspectos se encuentran en constante conflicto de valores y principios en otros Estados; pues a pesar de que su establecimiento representaría tierra fértil para el arropamiento legal del ejercicio de la gestación subrogada, para las personas con intenciones de adoptar la práctica en otros países, la mencionada legalidad se opone a la libre circulación entre países que no reconocen la plena eficacia del contrato en cuestión.

⁴² El modelo patriarcal depende del momento histórico en el que se desenvuelven las estructuras de poder. Además, Lagarde (2015) explica que el patriarcado se desarrolla en cualquier relación opresiva articulándose en el sometimiento de clases, nacional, religiosa, política, racial y de género, entre otros. Es a partir de estos criterios, continua Lagarde, que es posible definir que uno de los sujetos de la opresión masculina es la mujer principalmente, puesto que la dominación del hombre se reproduce, tanto en la esfera pública como en la privada, como lo es dentro de la institución familiar.

La inexistencia que se da a dichos acuerdos en ciertos Estados, —mientras que en otros se les dota de plena eficacia—, es posible que se deba a que en el orden jurídico internacional nada se establece en relación a que cualquier Estado, miembro de algún Órgano Internacional o Parte de algún Tratado, tenga la obligación de reformar sus cuerpos legales a fin de dar cauce al mecanismo jurídico que logre el ejercicio pleno de manera homogénea al derecho reproductivo sin lesionar otros derechos.

En Argentina, por ejemplo, la gestación subrogada es una práctica legítima, pues cuenta con fundamentos legales y jurisprudenciales que guían los litigios en esta materia con fallos que priorizan el vínculo genético antes que el vínculo que se genera con la mujer o persona gestante en el parto:

... se concedió la patria potestad a los padres biológicos, en el entendido de que estos son quienes tienen la iniciativa y la voluntad principal de procrear, a diferencia de la madre gestante quien simplemente se compromete a llevar a término un embarazo con la condición de entregar el niño una vez este nazca. (TELAM [electrónico], citado en Martínez & Rodríguez 2012, p. 15).

En este contexto, para la resolución de contiendas existe la obligación de justificar las excepciones que cada Estado pueda oponer a los convenios de gestación subrogada conforme a los principios del derecho internacional o conforme al llamado *orden público internacional*, conceptualizado éste último como “el conjunto de principios jurídicos, públicos, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación de un modelo de sociedad en un pueblo y época determinada” (Hernández, citado en Fuentes, p.40); o sea que, en caso de que algún Estado emita alguna

resolución con excepciones que impida, vulnere, limite o condicione el derecho reproductivo a través de las TRHA, y en consecuencia al derecho de familia, éste pronunciamiento tendrá que ser sometido al análisis nuevamente conforme a la línea de principios establecidos dentro del orden público internacional, con el fin de otorgar la validez jurídica necesaria al contrato de gestación subrogada en cada país y lograr una amplia protección jurídica a los involucrados en esta cuestión, sólo así estaríamos en la probabilidad de contrarrestar los posibles efectos negativos que se vienen dando en la esfera internacional.

Situación que no ocurre en Colombia, pues no cuenta con normas que regulen el tema o al menos que guíen a sus representantes del poder judicial para un análisis completo. Sin embargo, dada la insistencia sobre el tema, se dispuso en una sentencia emitida en el 2009 que la maternidad subrogada es un contrato que se reconoce como una práctica legal, pues no existe una prohibición expresa; además de que de la interpretación del artículo 42 de su Constitución Nacional se desprende, según sus doctrinas, que las TRHA están legitimadas jurídicamente.

Por lo tanto, es dable una reflexión sobre el peso jurídico que tiene el interés general de cada Estado y el peso que tiene el interés particular de las personas en este contexto.

En este punto es preciso exponer lo que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) prescribe en su Artículo 11, punto número dos en relación al tema ya que: *“Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.”*, dispositivo que tiene un valor insuperable para los Estados, pues con ello resulta un deber crear regulaciones que le den un cauce legal y

fundamental a sus pronunciamientos judiciales que favorezcan las condiciones por las que se pueda acceder a los derechos primordiales de cualquier ser humano en cualquier parte del planeta.

Esto último es una deuda que se debe saldar debido a que existen países en que las condiciones de pobreza favorecen el uso de las TRHA, Estados en los que las mujeres que ofrecen sus servicios de gestación humana siempre son personas de un nivel socioeconómico bajo en relación a los solicitantes, y esto es de suponerse, pues nadie puede esperar que una persona que cuente con un nivel superior socioeconómico se pueda preocupar, o al menos pensar en padecer las implicaciones de un embarazo que no sea el propio, “porque siendo realistas es difícil suponer que una mujer se embarazará para regalar a su hijo sólo por motivos altruistas.” (Brena 2012, p.143).

2.2.2 *La filiación transfronteriza*

Una parte importante que se merece subrayar, como parte de la complejidad de la práctica de las TRHA, es la que se da en el proceso de reconocimiento y filiación de los hijos o hijas nacidas de las técnicas mencionadas, dado que, como resultado de una mala o nula asesoría sobre sus efectos jurídicos, las parejas al retornar a sus países de origen se enfrentan a la falta de regulación que sobre el fenómeno social existe en sus propias leyes, aspectos que hacen que la gestación subrogada transfronteriza llegue a un punto de inflexión y que las autoridades nacionales deben enfrentar inevitablemente. Esto es porque al presentar a un hijo o hija nacido en el extranjero ante la autoridad de su país resulta ser un hecho consumado, como lo explica Zaldívar al decir que un niño o niña nacida como resultado de un acuerdo de subrogación, es un hecho consumado y una realidad con la que se debe lidiar. (Espejo et al, 2020, p. XII)

Las consecuencias de esta naturaleza deben impulsar, como ya se ha planteado, la creación de disposiciones jurídicas en cada nación para condicionar la prohibición o aceptación de la gestación subrogada.

Un ejemplo de las mencionadas reformas legales, por referir sólo una, es lo que ocurre en la India, pues a partir de estos conflictos internacionales es que la gestación subrogada en ese país sea recurrida obligatoriamente sólo por sus ciudadanos y no por extranjeros, para esto Eleonora Lamm refiere que, en el país en mención, no se otorga la nacionalidad a los hijos de extranjeros nacidos en su territorio, por lo cual el menor adquiere el status de apátrida. (2013, p. 108)

Así, las disposiciones en niveles internacionales parece que van un paso atrás en relación a las exigencias legales que los interesados necesitan satisfacer; pues hasta ahora, las apreciaciones regulatorias en el Derecho Internacional Privado no han dotado de plena protección jurídica al interés superior del menor y además de que no establecen las bases en el Derecho Civil que evite que los menores nacidos en el extranjero, mediante estas prácticas, se les niegue o se les condicione la filiación, haciendo que el acceso a la justicia sea traducida en una dilación que pone al o a la menor en un estado de incertidumbre jurídica y de vulnerabilidad, puesto que, al iniciar los trámites correspondientes para la filiación, éstos suelen ser tardados o negados por las diversas instancias derivadas de las legislaciones nacionales, por las que debe pasar cada caso dadas las particularidades de cada uno, pues en ellos intervienen las vistas de las múltiples dependencias gubernamentales de cada país y el tiempo que cada instancia se toma para el análisis de las peticiones en comento, no obstante y a pesar de haber recurrido a la justicia y haber obtenido una resolución favorable para la inscripción del hijo o hija ante las instancias civiles siguen sin concertar la inscripción mencionada.

Un claro ejemplo que merece la relevancia transfronteriza y que expone las características aludidas en el párrafo anterior, es el que se dio con un matrimonio de nacionalidad japonesa al contratar los servicios de gestación de una mujer norteamericana; puesto que la ley de Japón prohíbe esta práctica, el esperma tuvo que ser trasladado desde su país de origen hasta el estado de San Francisco de la Unión Americana. (Tesis de la Universidad de Sonora, s. f. p.16).

España es otro país en donde el acuerdo de gestación subrogada es nulo debido a que la maternidad en ese país la determina el parto (Dobernig 2018, p. 287), ahí los interesados también acuden a países donde es tolerada y permitida; sin embargo, al retornar al Estado español la inscripción del menor como su hijo en el registro civil no le es autorizada debido a que en su legislación civil se prescribe que las personas futuras o presentes no son objeto de contrato por considerar fuera del comercio la capacidad de gestar (Díaz, citado en Cruz 2012-2013 p. 649), esto contradice lo dicho por Calvo-Caravaca:

si el menor nacido en el extranjero tras una gestación por sustitución tiene legalmente atribuida en dicho país extranjero una identidad jurídica, una filiación y unos nombres y apellidos. Si dicha identidad no se admite en el Estado de destino, se vulnera el derecho a la vida privada del menor que comprende el derecho a su identidad personal. (citado en Fuentes 2019, p 43).

Además concuerda con lo establecido en la esfera internacional en relación a que el interés superior del menor tendrá que ser vigilado y garantizado en cualquier parte del planeta; y lo que robustece lo anterior, es lo esgrimido por el Tribunal Europeo de

Derechos Humanos (TEDH) cuando especifica que la filiación procedente de la gestación subrogada debe verter sus efectos jurídicos en los Estados parte, argumentando lo siguiente:

que al reconocer esos efectos jurídicos, se garantiza la protección del derecho a la vida privada de los menores y a la protección a la vida familiar; ya que a pesar de la distancia, los padres comitentes y el hijo forman una familia que debe ostentar una protección jurídica. (Calvo & Carrascosa, citados por Regalado, 2016, p. 27).

Continúa afirmando que la relación biológica no determina la filiación del menor; en otras palabras, es por demás decir que el hecho de concebir y criar un hijo de manera ordinaria no garantiza que el menor nazca y crezca en un ambiente sano y lleno de protección.

Lo que se debe resaltar es que, las personas con algún padecimiento de infertilidad o con la posibilidad de la transmisión genética de una anomalía, que debido al tiempo y al costo que se lleva un proceso de adopción, que pasan por un proceso de reflexión para arribar a la decisión de tener un hijo o hija para cuidarlo y protegerlo, se les complica la materialización de su intención progeneradora por medio de un instrumento jurídico. Esta *intención*, en la materia del Derecho, se ve como un elemento en una relación contractual que se traduce en *voluntad*: requisito indispensable que crea efectos jurídicos capaces de generar derechos y obligaciones.

Lo que nutre una postura garantista en el plano internacional y que apuntala este contexto es lo prescrito en la Convención sobre los Derechos del Niño, destacando su dispositivo número siete en el que señala que “El niño será inscrito inmediatamente

después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

Desde esta concepción se deja ver que la Convención mencionada vigila el interés superior del menor, por lo tanto es imprescindible que los Estados observen, en cualquier respuesta de un conflicto de gestación subrogada transfronteriza, de primera cuenta lo que a los hijos o hijas nacidos en el extranjero convenga garantizando el acceso a sus derechos de filiación mediante la observancia de sus ordenamientos nacionales, siempre en base y anteponiendo la protección al interés superior del menor sobre cualquier otra consideración.

En este tenor, un instrumento internacional que robustece la esfera internacional del menor es lo prescrito en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) en su numeral 24 cuando establece que los Estados parte tienen el deber de vigilar que:

1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.
2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.
3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

En concordancia a lo anterior y al tema del orden público internacional, Dobernig (2018, p. 284) cita que:

La Conferencia de la Haya emitió un reporte de expertos sobre filiación y subrogación en febrero de 2016, en el cual se establece la preocupación de la discrepancia de las legislaciones a lo largo del planeta, lo que favorece el turismo reproductivo, lo que ocasiona que se vean vulnerados los derechos de los hijos nacidos en el extranjero.

Y por supuesto que el reconocimiento de los hijos o hijas nacidos en el extranjero por medio de las TRHA y velar por derechos de las mujeres o personas gestantes son cuestiones con tal relevancia que hacen complicada su regulación en cada nación, aunado a que los dispositivos de las leyes y Tratados Internacionales han resultado no idóneos para generar una regulación homogénea en la materia de reproducción humana asistida en un nivel internacional, incluso la existencia de un orden público vigente diferente en cada Estado produce una falta de obligación a legislar en esta materia, dado que entra en conflicto con la soberanía de cada país pues se pudiera creer que el nacimiento de alguna ley en esta materia estaría atentando contra sus intereses, ya que cada uno de ellos cuenta con libertad en la creación de sus propias leyes, y este caso no es la excepción, puesto que cada nación se rige de acuerdo a sus directrices constitucionales insoslayables; por lo tanto, cada Estado tiene la libertad de prohibir o dar acceso a los derechos que considere como benéficos para su propio pueblo.

Sin embargo, la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, preocupada por el crecimiento del turismo reproductivo debido a la transfronterización de la utilización de las TRHA, ha emitido el acuerdo Private International Laws Issues Surrounding the Status of Children, Including Issues Arising International Surrogacy

Arrangements, en fecha 11 de marzo de 2011, conteniendo posibles consideraciones del derecho internacional privado que deberán ser estimados con el objeto de que en cada nación se establezca un instrumento regulador, con aspectos como:

- Reglas uniformes relativas a la jurisdicción de los tribunales u otras autoridades, para tomar decisiones sobre paternidad.
- Normas uniformes sobre ley aplicable.
- Normas correspondientes que establezcan el reconocimiento y la ejecución de dichas decisiones.
- Las normas uniformes sobre la ley aplicable a la determinación de la filiación legal por ministerio de ley o por convenio.
- La ley aplicable o principio de reconocimiento sobre la determinación de la filiación por el reconocimiento voluntario. (Dobernig 2018, p. 268)

Si bien cada ordenamiento nacional autoriza o no a sus órganos competentes a dejar la forma en que los efectos jurídicos de los ordenamientos internacionales permeen en su jurisdicción, siempre que no contravenga su norma fundamental, la norma en materia civil, que regule la filiación de los hijos o hijas nacidas en el extranjero por medio de las TRHA y mediante un acuerdo de gestación subrogada, tendrá que ser generado por los cuerpos legislativos en cada país tomando en cuenta consideraciones claras y primordiales para que de forma interna proteja el interés superior de los niños y niñas, esto con el objeto de que de dicho ordenamiento no se traduzcan conductas que reflejen conductas penales como el tráfico ilegal de menores de edad.

Al respecto el Comité sobre los Derechos de los Niños ha insistido de manera especial sobre la venta y explotación infantil señalando

diversos principios y salvaguardas aplicables a la subrogación de carácter comercial y altruista entre los que se encuentra el señalamiento de que la gestación por sustitución de carácter comercial puede llevarse a cabo sin que constituya venta de niños, si queda claro que sólo se paga a la gestante por sus servicios de subrogación y no por el traslado del niño (SCJN, 2021: 24, citado en Vázquez 2021, p. 5)

Además de que, no se debe dejar de lado la necesidad de que la comunidad internacional haga frente al problema del desequilibrio que se genera entre el derecho a la procreación por medio de las TRHA, la libertad de la mujer o persona gestante y el interés superior del menor; pues es importante que las soluciones a las cuestiones internacionales en este ámbito, no sean determinadas desde una sola nación, ya que el bien común de la comunidad mundial exige que las propuestas se cristalicen mediante convenios adecuados de colaboración internacional para beneficio de todos los habitantes de todos los países, sobre todo para los que se encuentran en desventaja frente a otros.

2.3 La gestación subrogada en México

Se podría creer que lo que no se pueda lograr en el ámbito internacional, sí se podrá en un ámbito nacional ya que se deja a un lado la basta pluralidad jurídica

internacional y la gran variedad de formas de pensar, además de que en una sola demarcación el caso es sometido a una unidad jurisdiccional en un sólo orden nacional.

El tema es controvertido dadas las características federativas en las que se estructura el territorio mexicano, y más aún, la pluralidad de pensamientos y corrientes políticas que integran el Congreso en conjunto con los conflictos que se van dando entre actores y representantes de los Poderes de la Unión, y si a lo anterior se le abona la incorporación de los proyectos de nación que cada corriente política en cada periodo de gobierno cree que son improrrogables y prioritarios; éstos se vuelven factores que contribuyen a que los debates en ciertos temas sean jerarquizados de interés nacional, o no, según la conveniencia del momento político, y se prolonguen sin sentido.

Un hecho que da la relevancia a lo descrito es lo sucedido en el Palacio Legislativo sede del Congreso en la Ciudad de México en el mes de Junio del 2021: la LXIV legislatura por medio del grupo parlamentario del Movimiento de Renovación Nacional (MORENA) sometió a la consideración del pleno de la Comisión Permanente del Congreso de la Unión la Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se pide se adicione el artículo 318 Bis en la Ley General de Salud en el que se establece una regulación eficaz con el propósito de que la práctica de Gestación Subrogada o por sustitución, en sus diferentes modalidades, sea efectuada mediante una práctica médica certificada, siempre beneficiando el interés superior del menor y el del embrión en este supuesto jurídico, además de que previene que esta práctica sea de acceso para las personas extranjeras de acuerdo a los Principios de Derechos Humanos; lamentablemente, esta iniciativa no dio los pasos esperados pues hasta la fecha la Ley General de Salud en su artículo 318 sigue sin modificación alguna.

Encontramos también que, dentro de un país se desarrollan factores que posibilitan que las personas recurran, en menor o mayor medida, a ciertos estados para la práctica de la gestación subrogada. Estos mismos factores han permeado en los textos legales de tal manera que dentro de un mismo territorio nacional se van a encontrar antinomias. Ejemplo de ellas es cómo en algunos estados de la República Mexicana la figura de la Gestación Subrogada es aceptada sólo por darle un aparente cause efectivo a los derechos de las personas, mientras que en otras entidades el contrato para el uso de las TRHA es inexistente y por consecuencia la filiación del menor nacido por medio de estas técnicas tendrá que ser recurrida ante los Tribunales Judiciales superiores para que resuelvan la mencionada controversia, y de esta manera hacer del Interés Superior del Menor un concepto con carácter dilatorio.

Así, el acceso a los derechos reproductivos en México está impregnado de diversos mecanismos jurídicos, desde la forma en que se formaliza el acto jurídico hasta el momento de la filiación del menor, como: la recurrida figura de la adopción; la fórmula jurídica en la que se da acceso al proceso de gestación subrogada; la forma en que la mujer o persona gestante ha cedido su voluntad; la materia del derecho en la que nace la gestación subrogada; y un sin número de opciones que hacen de esta práctica de gestación humana todo un corolario de incertidumbre jurídica en México, y que no porque existan diversas formas de acceder al mencionado derecho reproductivo signifique que se haya logrado subsanar los vacíos legales que al respecto siguen concurriendo.

Sin embargo, y a pesar de que en el mes de agosto de 2008, la investigadora parlamentaria Alma Arámbula Reyes, publicó un informe multidisciplinario titulado *Maternidad Subrogada*, que detalla las esferas que convergen en la citada práctica con el objeto de reglamentar las mencionadas técnicas para facilitar la procreación en

México, estas reflexiones no han sido suficientes para alentar la voluntad política en aras de una legislación clara y precisa en favor de los más vulnerables sin socavar los derechos de salud reproductiva de otros y con ello eliminar la posible clandestinidad de esta práctica.

Tamés Noriega⁴³ (2020, p. 305) confirma lo anteriormente expuesto cuando cita un informe del 2017 del Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE) en el que aclara que, desde hace más de ocho años, en México, “han sido presentadas al menos ocho iniciativas tanto en la Cámara de Diputados como en la de Senadores” sin que alguna de ellas haya tenido la publicación necesaria para su entrada en vigor. En un mismo tenor que robustece la indiferencia política, es que hasta el mes de junio de 2021 existían al menos siete iniciativas sobre el tema en las Cámaras de Diputados y de Senadores pendientes de dictaminación. (Vázquez 2021).

Para ejemplificar los trámites legislativos antes descritos se pueden citar dos: uno fue el que se dio en octubre del 2015 por conducto de la senadora Mely Romero Celis, para que le sea agregado a la Ley General de Salud los artículos 61 Ter y 462 Ter; mientras que la segunda Iniciativa fue presentada por la diputada Sylvana Beltrones en marzo de 2016 con el mismo objetivo que la anterior, reformar y adicionar diversas disposiciones a la Ley General de Salud. (Albornoz & López, 2017, p. 8).

También se puede apuntar que la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados tenía en revisión una minuta en materia de TRHA que busca reformar la Ley General de Salud con el objeto de que las técnicas de reproducción humana en cuestión sean

⁴³ Abogada por la Universidad Iberoamericana con maestría de Derecho Internacional Público de los Derechos Humanos por la American University, Washington College of Law; además, se desempeña desde del 2011 como directora del Grupo de Información en Reproducción Elegida.

reguladas en el orden federal; lamentablemente la minuta presentaba problemas adicionales y hasta la fecha del presente trabajo académico no ha sido resuelto de manera favorable para el ejercicio de los derechos humanos en relación a la gestación subrogada, persistiendo con ello la falta de regulación a nivel federal sobre la materia.

Para el presente caso, las discusiones se han extendido por años debido a que, como es bien sabido, al ser México un Estado federado compuesto por 32 circunscripciones territoriales con gobiernos y congresos autónomos, cada uno de ellos ha vertido posturas diferentes en relación a la gestación subrogada dando como resultado que algunas Entidades se pronuncien a favor, en otras la prohíban y en unas más sean omisos al tema.

Dentro de esta estructura federada, se encuentran los Estados de Tabasco y Sinaloa que ya han regulado la práctica; mientras que San Luis Potosí y Querétaro son expresos al prohibirla; en el caso de la Ciudad de México, su Congreso aprobó la Ley de Maternidad Subrogada, sin embargo, no ha sido publicada, por lo tanto, no cuenta con la vigencia para llevarla a su aplicación. En los estados de Baja California Sur y Morelos se encontró dentro de su legislación que un motivo de divorcio es la falta de consentimiento del conyugue cuando la esposa se haya realizado a una inseminación artificial; en Colima, se admite la práctica siempre que el niño o niña nacida por medio de las TRHA sea dado en adopción.

La situación que ha imperado en algunas entidades integrantes del Estado mexicano, iconos en esta práctica, pone en relieve las diferentes actitudes que la autoridad responsable toma en relación a garantizar el acceso al derecho reproductivo como parte del derecho de familia.

2.3.1 Tabasco

Esta entidad contempla la figura jurídica de Gestación Subrogada y representa el primer estado en el que se permitió en 1997 la práctica de la gestación subrogada dentro de su legislación civil en un marco contractual. Con las lagunas jurídicas que la nueva regulación contenía, la existencia de un contrato abierto para que cualquier persona accediera, y a partir de que en otros países se llevaron a cabo reformas legales que limitaban la práctica de las TRHA para las personas de nacionalidad extranjera y del mismo sexo, el número de personas que acudían al Estado de Tabasco aumentó convirtiéndolo en destino nacional e internacional, lo que hizo posible la visualización de sus vacíos legales (GIRE, s. f., citado en Vázquez 2021, p.7)

No es sino hasta enero del 2016 que este ordenamiento se reformó adicionando en su cuerpo el Capítulo VI Bis con el título *De la Gestación Subrogada* (2016, 13 de enero) para superar los supuestos vacíos legales. Uno de los dispositivos adicionados fue el numeral 380 bis 5 en el que se establecieron los requisitos del Contrato de Gestación Subrogada, y es de resaltar que de acuerdo a éste sólo podrán acceder las personas que tengan la ciudadanía mexicana, mientras que para las personas extranjeras que quieran acceder a la gestación subrogada mediante este código les fue prohibido (art. 380 Bis 5, fracción I) Sin embargo, en sesión celebrada el 7 de junio de 2021, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) determinó, entre otros pronunciamientos, la inconstitucionalidad de la fracción I del artículo 380 Bis 5 ya que consideró que violaba los principios de igualdad y no discriminación previstos en los artículos Primero y Quinto de nuestra Constitución Federal.

Por otra parte, en el Artículo 380 Bis 3, la mencionada reforma, faculta a la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado para que compruebe que el entorno de la

mujer gestante sea el más favorable para el desarrollo adecuado de la gestación, esto antes de la contratación de la persona que se va a encargar de la gestación, es decir que se deberá vigilar que antes de la celebración del convenio de gestación subrogada el cigoto implantado o embrión se desarrolle en condiciones propicias.

2.3.2 Sinaloa

La figura se introdujo en el año de 2013 con restricciones que han impedido que este estado se convierta en un destino propicio para la práctica de la gestación subrogada por extranjeros. Los datos que proporciona el profesor Fernando Sosa Pastrana, Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, nos dicen que el Congreso de éste estado promulgó y publicó el Código Familiar del Estado de Sinaloa (2013, 6 de febrero) argumentando que era necesario hacerlo puesto que la realidad de la familia moderna no concordaba con la anterior legislación civil y ni con el objetivo de dar certidumbre legal a los escenarios actuales.

En el capítulo V que lleva por título *De la Reproducción Humana Asistida y la Gestación Subrogada*; en su ordinario 284 admite la modalidad de subrogación onerosa y subrogación altruista, con estas posturas posibilita a la mujer persona gestante a recibir compensación por el servicio de gestación. Y no está por demás señalar que en los dispositivos en comento se advierte que para la entrega del menor nacido después de la gestación y el parto no será necesario que la mujer o persona gestante lo haga bajo la figura de la adopción en ninguna modalidad de subrogación (artículo 284). En el Título llamado de la Filiación se reconoce que la gestación por sustitución genera una relación filial (art. 240) y “establece las bases para la celebración de acuerdos de subrogación y delimita sus efectos con respecto a la filiación.” (Espejo et al., 2022 p.248). Así mismo,

en su artículo 285 involucra a la unidad de trabajo social del hospital tratante a que supervise que las condiciones del entorno de la mujer gestante sean favorables para un adecuado desarrollo del embarazo.

Además de establecer los requisitos para que las partes suscriban el Instrumento de maternidad subrogada en los que previene y limita a los solicitantes (art. 290); en su dispositivo 296 admite la posibilidad de que la mujer gestante pueda demandar civilmente a la madre y al padre subrogados en caso de que se adviertan patologías prenatales o postnatales.

2.3.3 *Querétaro*

El Código Civil de este estado, en su Capítulo Sexto denominado *De la adopción de embriones* (artículo 400), se encuentra prohibida que la pareja adoptante pueda procurar la maternidad asistida o subrogada ni contratar el vientre de otra mujer a favor para la gestación del embrión; esto es que, “establecen que la maternidad siempre corresponde a la mujer gestante y no se reconocerá ni se podrá hacer válido ningún acuerdo que diga lo contrario” (Vázquez 2021, p. 8).

2.3.4 *San Luis potosí*

El Congreso de este Estado aprobó el 12 de diciembre de 2008 el Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí, en el que, por una parte, en el Título Sexto, equipara la Filiación resultante de la fecundación humana asistida con el parentesco por consanguinidad; sin embargo, por otro lado, en su artículo 243 del Capítulo V, niega los efectos legales que se puedan producir de la maternidad subrogada es decir que para esta entidad federativa es inexistente la maternidad sustituta. De esta forma, el acuerdo

de gestación subrogada es desconocido para este estado de la República Mexicana, pues en sus ordenamientos han establecido que la maternidad se le atribuya sólo a la mujer gestante sin que se puede presentar un acuerdo que lo contravenga.

2.3.5 Ciudad de México

En esta demarcación ha habido un par de iniciativas por regular la práctica de gestación subrogada. La primera de ellas fue en el año 2010 por la, entonces, Diputada Maricela Contreras, Presidenta de la Comisión de Salud de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal (ALDF), misma iniciativa que fue turnada al, entonces, Jefe de Gobierno Marcelo Ebrad Casaubón.

El titular de la Jefatura de Gobierno consultó a especialistas para que dicho ordenamiento no tuviera limitaciones en el acceso a los derechos de las personas. Así con las debidas observaciones señalados por el área de Derechos Sexuales y Reproductivos del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), por el Grupo de Reproducción Asistida (GIRE) y por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, subió al Pleno en diciembre de 2011, pero debido a una serie de argumentos en contra del Proyecto que el Partido de Acción Nacional (PAN) emitió, dio como resultado la negativa para su aprobación y posterior publicación (Cruz 2014, pp 51-53). Estos hechos fueron corroborados por Diaz Pérez y Neri-Vidaurre en la *Revista Mexicana de Medicina de la Reproducción* (octubre-2015), quienes afirman que fue rechazada por activistas e intelectuales por contener vacíos legales por lo que se tuvo que modificar y presentar de nueva cuenta ante el Pleno de la ALDF para su aprobación, pero como ya fue mencionado, fue rechazada nuevamente en el mes de diciembre del 2011 por presentarla fuera de tiempo gracias a los debates presentados por la facción panista.

Con una primera Jefa de Gobierno al frente de esta ciudad se apuntala un discurso incluyente y por medio de este instrumento político es que, el día nueve de noviembre del 2021, el Congreso de la Ciudad de México tuvo a bien aprobar la Iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada de la Ciudad de México, misma que le fue enviada a la Jefa de Gobierno Doctora Claudia Sheinbaum para que, a más tardar en 180 días naturales, realice las adecuaciones que considere pertinentes para posteriormente llevarla su publicación; sin embargo, en la política de esta Ciudad parece que por el momento existen otras prioridades antes que voltear a ver las tan perjudiciales ausencias legales en la citada práctica de gestación.

Hace falta mucho más que voluntad en las formalidades de los procesos legislativos, pues esta Iniciativa obtuvo el mismo resultado negativo, que tuvo en el 2011 la anterior Iniciativa, para que el acceso a los mencionados derechos reproductivos hayan entrado en vigor.

2.3.6 Jalisco

En esta entidad federativa, según lo presentado por Ruiz y Valdés (s. f. p. 4) en su postulado llamado *Dilemas sobre la maternidad subrogada en México*, existe en la ciudad de Guadalajara un centro médico de fertilización que es el mismo que opera en la India, cuenta con una Clínica de Reproducción y ofrece los servicios de fertilización *in vitro* en su página *web* a toda la población.

En el mes de enero del 2020, el Diputado Arturo Lemus Herrera de la facción morenista, envió una Iniciativa para que se reformara la Ley de Salud del Estado de Jalisco con el fin de que se adicione el artículo 51 Bis, además de la adición del Capítulo III Bis y diversos artículos al Código Civil para el Estado de Jalisco que contenían

disposiciones relativas al establecimiento de la Gestación Subrogada y Asistida, pues el representante político argumenta la importancia de cambiar la anterior visión por una actual con una apertura a la libertad de los derechos consagrados en la Carta Magna para la procreación de nuevas vidas ya sí disminuir las prácticas ilegales y la explotación de mujeres con fines reproductivos.

Los resultados de esta propuesta legislativa en particular son que, hasta el mes de julio del año 2024, en las legislaciones a las que se hace alusión en el párrafo anterior para su respectiva modificación, no se ha hecho reforma alguna en el tema que nos ocupa, además sin que se hayan publicado los motivos que se tuvieron para no darle el cauce pretendido.

2.3.7 Michoacán de Ocampo

El 13 de octubre de 2017, la Diputada Mary Carmen Bernal Martínez, envió al Congreso del Estado de Michoacán de Ocampo la Iniciativa de Decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada del estado. En la exposición de motivos fundamenta su petición en el Artículo Primero de la Constitución Federal en relación a los derechos humanos, además de que menciona que en su regulación en materia familiar “se reconoce el derecho de los cónyuges a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos, así como a utilizar cualquier método de procreación asistida para lograr su propia descendencia, pero se omite regular el acto jurídico para llevarlo a cabo.”, y continúa exponiendo la necesidad de legislar en la materia con el objeto de que las personas ejerzan de manera libre su derechos sexuales y reproductivos. (Bernal, 2017).

2.3.8 Tlaxcala

En el mes de marzo del año 2022, el diputado Juan Manuel Cambrón Soria del grupo parlamentario del Partido de la Revolución Democrática presentó una iniciativa con proyecto de decreto por el que se adicionan diversas disposiciones a la Ley que Garantiza el Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia y del Código Penal para el Estado de Tlaxcala en materia de Gestación Subrogada.

En la mencionada Iniciativa se exponen diversos motivos señalados como inconvenientes fundamentales para la práctica de la gestación subrogada. Entre ellos se puede citar la violación a los derechos y a la dignidad de la mujer y al derecho de los menores a conocer su origen; además de que, se puede dar en contravención a los Tratados Internacionales. (Cambrón 2022)

2.3.9 Colima

En el estado de Colima, el uso de las TRHA no se encuentra regulado, sin embargo, el Código Civil del estado contempla la figura de la adopción como respuesta a la incertidumbre jurídica que se genera de la gestación subrogada con relación a la filiación del hijo o hija nacido mediante esta opción. En palabras de Mariana Dobernig (2018, p. 269) en el caso de que una persona gestante haya completado el proceso de embarazo y haya acordado la entrega del menor como parte del acuerdo, en el citado ordenamiento civil se estableció que la filiación será materializada mediante la adopción del hijo o hija; o sea que, el padre y la madre adoptarán a su hijo o hija.

2.3.10 Coahuila de Zaragoza

El 15 de diciembre de 2015 se publicó la Ley para la Familia de Coahuila de Zaragoza, en el Capítulo Tercero llamado *De la filiación resultante de la reproducción humana asistida*, se acepta toda técnica que tenga como efecto la fecundación fuera del proceso natural y puede ser adoptado por parejas con imposibilidad médica para gestar.

Es importante señalar que la Ley en referencia, equipara el parentesco por consanguinidad el existente entre el hijo o hija producto del uso de las TRA “y la pareja que las emplea, o sólo la mujer que haya procurado el nacimiento.” (art. 268). Sin embargo, se advierte un texto ambiguo pues sólo establece preceptos relativos a la Filiación resultante de la reproducción humana asistida, limitándose a establecer el procedimiento con el que el consentimiento de la partes debe ser avalado por un notario público, delegando además en su artículo 368, la responsabilidad a la Secretaría de Salud del Estado para que mediante ésta, sea entregada una guía para que estén informados sobre lo relativo a las técnicas de fecundación humana asistida.

Aunque se advierte que cualquier persona puede acceder a cualquier tipo de técnica o práctica que tenga por efecto la fecundación, se ha dejado al vacío legal otras disposiciones que podrían darle incertidumbre jurídica a las partes, como lo pueden ser algunos preceptos que se deben tomar en cuenta antes de la celebración del contrato en relación a la mujer receptora, a los padres intencionales, al interés superior del menor o a la influencia que puedan ejercer las instituciones privadas de salud, así como las posibles omisiones en las que puedan llegar a caer las instituciones de gobierno encargadas de garantizar el acceso a los servicios de salud.

2.3.11 Sonora

Esta entidad cuenta con un Código de Familia en el que dispone, en su Capítulo Único numeral 207, denominado *De los diversos tipos de parentesco*, la aceptación del uso de las TRHA siempre que los solicitantes hayan otorgado su voluntad para tal objetivo; además de que, serán considerados como padres y/o madres biológicas. Al respecto es necesario resaltar que este ordenamiento en materia civil reconoce el vínculo genético sin que sea necesario que se recurra a la figura de la adopción; además de que; “El hijo podrá solicitar, al llegar a su mayor edad, informes sobre el padre biológico en los mismos casos que en la adopción plena, sin reclamar ningún derecho filiatorio.”

En relación a la Filiación consanguínea, el artículo 213, incluye el vínculo de parentesco que surge del hecho de la reproducción asistida con material genético de ambos padres.

2.3.12 Estado de México

El 31 de mayo del 2002 se aprobó en el Código Civil del Estado de México publicándose en el Periódico Oficial el 7 de junio de 2002, el reconocimiento del uso de cualquier método de reproducción asistida con el objetivo de lograr una descendencia, esto en relación a la interpretación de su dispositivo 4.111 en el que se prescribe el derecho de toda persona a la procreación. Al respecto, Lorena Vázquez (2021) afirma que, como la gestación subrogada se da por medio de una técnica de reproducción asistida y ya que en este texto se usa la expresión “cualquier método de reproducción asistida”, por lo tanto considera que es legalmente posible la práctica de la gestación sustituta a través del uso de las TRHA dentro del ámbito civil, siempre que haya existido el consentimiento de la mujer gestante y de su conyugue si es que la primera se encuentra unida en matrimonio (art. 4.112). Este último apunte merece ser cuestionado,

ya que al ser indispensable el consentimiento del esposo, la autonomía de la persona⁴⁴ gestante se ve vulnerada.

Se debe resaltar que esta codificación civil ostenta una ausencia de requisitos para las partes que quieran acceder a la práctica de cualquier método de reproducción asistida lo que atrae, como consecuencia, una práctica fuera de una regulación completa.

⁴⁴ Lo relativo a la *Autonomía de la Voluntad* de las personas será tratado más adelante, con el objeto de dilucidarla con independencia debido a la especificidad que merece sólo en relación a la práctica de la gestación subrogada.

CAPITULO III

Marco jurídico de la gestación subrogada

*“La cuestión reproductiva
se presenta como un elemento central
en la reflexión en torno a la familia, [...] el derecho de familia está transitando
por un cambio de paradigma,
al dejar progresivamente el modelo tradicional
basado en la codificación y consolidarse
desde una perspectiva de derechos humanos”*

*Pauline Capdevielle**

*María de Jesús Medina Arellano***

* Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM), licenciatura en Derecho por la Universidad Toulouse I Capitole; maestría y doctorado en Derecho público por la Universidad Aix-Marseille III (Francia); miembro del Colegio de Bioética A. C., coordina el Diplomado en Bioética, Salud y Bioderecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas.

** Investigadora titular A del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM), doctora en Bioética y Jurisprudencia Médica por la Universidad de Manchester, RU; Investigadora nivel II del SNI, CONACyT; en 2008, obtuvo la medalla al mérito académico Alfonso Caso; en 2019 fue galardonada con el premio Sor Juana Inés de la Cruz y en 2020 logró el Reconocimiento Distinción Universidad Nacional para Jóvenes Académicas en la UNAM; miembro del Comité Universitario de Ética de la UNAM y en 2021 ingreso a la Academia Mexicana de Ciencias.

CAPÍTULO III

MARCO JURÍDICO DE LA GESTACIÓN SUBROGADA

3.1 El derecho humano a la reproducción humana por medio de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida

Toda actividad humana en sociedad se presupone como parte de una estructura conformada por instituciones normadas por reglas formales e informales y por los mecanismos para hacerlas cumplir. Así, el derecho se justifica como una construcción social que materializa su eficacia desde la relación Estado-norma olvidándose de la universalidad de los derechos humanos.

En este sentido, el *deber ser*, como directriz, es asociado al ejercicio regulador del Estado, manifestando consecuencias devastadoras en los más desproveídos y manteniendo a su vez una rigidez estatal; de tal manera, que las tentativas por las transformaciones sociales a las normas establecidas son discriminadas y son tomadas como un problema de resistencia social ante los sistemas normativos ya establecidos, convirtiendo a la visión convencional del derecho en parte de un vestuario que pone en una escena teatral un pluralismo jurídico con un supuesto de tutela adecuada para la protección de los derechos universales de los seres humanos que habitamos este planeta.

Para Oscar Correas (2007), el derecho cuenta con un sentido ideológico que hace que se produzcan ciertos efectos en los sujetos a los que va dirigida la norma; es decir, Correas expone que dentro de la norma se utilizan ciertas acepciones que hacen que la norma aparezca “generosa” y “La idea de que el poder es bueno, que se preocupa por el

pueblo, [...] construye la ideología del ciudadano dominado como conforme con la dominación.” (p. 83).

Se puede afirmar que, de acuerdo a las demandas sociales y al aparente sentido protector del estado y debido a que en los últimos años se ha manifestado un incremento en la adopción de alguna de las TRHA como medio para lograr la reproducción humana de forma individual, se ha regulado de diversas maneras el acceso a las citadas técnicas en cada parte del mundo, haciendo que el referido derecho reproductivo se encuentre en un estado confuso.

Situación que no es de extrañar, pues este fenómeno es definido por el mismo Oscar Correas (2007) como *pluralismo jurídico*, en él, “algunas conductas están modalizadas, en dos o más sistemas, de manera contradictoria, esto es, siendo obligatorias según un sistema y prohibidas según otro.” (p. 105); además de que, debido a la soberanía de cada Estado, es que se han establecido las reglas para llevarla a cabo, ya sea de forma libre, tolerada, limitada o, en algunos casos excluida de los cuerpos legales, haciendo a su vez de esta práctica un dubitativo ejercicio de equidad debido a la concentración de derechos en un mismo fenómeno y que en ocasiones se oponen entre ellos.

Por ello, es necesario que partamos de la definición que la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (2011) ha establecido:

Los derechos humanos son derechos subjetivos, son expectativas formadas en todas las personas en relación con la acción u omisión de los Estados, las empresas, los poderes

fácticos y del resto de las personas respecto a ciertos bienes primarios constitutivos de lo que se considera la dignidad humana.

Ampliando la anterior definición, los Derechos Humanos son aquellos que están reconocidos a nivel internacional puesto que son bienes fundamentales que tienen que ver con la vida. Los Estados que forman parte de algún instrumento internacional de derechos humanos, adquieren la obligación de respetar, proteger, garantizar y promover los Derechos Humanos de los sujetos implicados en cualquier práctica humana. Esto constituye una obligación del Estado y de los particulares, de no lesionar los derechos humanos, ya sea por comisión o por omisión, obligación en la que los agentes estatales deberán desplegar acciones legales e institucionales acordes a las exigencias actuales, puesto que ahora la estructura social se desarrolla sobre escenarios conformados por una diversidad de actores que representan una evolución en la mencionada estructura.

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el que los Estados Parte han convenido acogerse a los Principios que se enuncian en la Carta de las Naciones Unidas,⁴⁵ se reconoce la dignidad humana como un derecho inalienable e inherente a la persona; por lo tanto, se deben establecer en cada país regulaciones bajo el Principio de Igualdad que proporcionen, sin *discriminación*⁴⁶ alguna, acceso a los derechos más primordiales que como ser humano ya son inherentes a su persona.

⁴⁵ Carta de las Naciones Unidas, Artículo 2°.

⁴⁶ Acto u omisión por el cual, sin motivo o causa racionalmente justificable (jurídicamente), una persona recibe un trato desigual que le produce un perjuicio en la esfera de sus derechos o forma de vida. Maestra Mylai Burgos Matamoros.

El artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que *Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto*; es decir que para todas las personas es un derecho humano el de desarrollo económico mismo que les pueda brindar seguridad para su subsistencia, por lo tanto es lícito que cualquier persona pueda ver realizado este derecho mediante la creación y desarrollo de una empresa con fines de lucro, siempre que sea con apego y respeto a los derechos humanos. Así, las clínicas o instituciones de salud privadas gozan de ese derecho económico garantizado por el Estado y limitado por las mismas leyes, para el bienestar de la sociedad en general.

De la misma forma, el reconocimiento internacional del derecho humano a una familia se encuentra protegido en diversos instrumentos de carácter internacional y en el referido ámbito de los derechos humanos o subjetivos, es necesario que ubiquemos al derecho reproductivo dentro de un derecho humano como lo es el derecho a la salud, por representar éste una esfera primordial en la vida de cualquier ser humano, ya que la falta de acciones y normas que garantizan el acceso a los servicios de salud recae en una vulneración de la dignidad humana.

El derecho reproductivo, entonces, es un subderecho derivado del derecho a la salud, y como consecuencia de ese desprendimiento, el derecho reproductivo hasta ahora no se ha extendido como un bien social primario y universalmente valorado con sus propias pautas legales. Así lo confirma la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, cuando en el año 2015 advierte diferentes ataques a los Derechos

Humanos, derivados precisamente de esa ausencia de protagonismo literal en las leyes internacionales y nacionales:

los acuerdos de maternidad subrogada internacional importaban graves amenazas a los derechos humanos relacionados con el abandono de niños por parte de los comitentes, bien por razones de salud o bien de preferencia de sexo; la inadecuación de los comitentes para ser padres y el riesgo de tráfico de niños; el derecho del niño a conocer sus orígenes genéticos y biológicos; los problemas relativos a la libertad del consentimiento de las gestantes, y las malas prácticas por parte de los agentes intermediarios de la subrogación. (citado en Pastore junio-2018, p. 23).

Aunque en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, en su numeral 10, dispone que *los Estados Parte se comprometen a reconocer la salud como un bien público*, las regulaciones en cada Estado en el tema de las TRHA desde un contexto internacional no han sido susceptibles de la voluntad política, mucho menos de que se presente algún Convenio o Pacto internacional con carácter obligatorio en los Estados Parte para el establecimiento de un cuerpo normativo en el tema de Gestación Subrogada.

En el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) se suscribe que la *“familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del estado”* y reconoce el derecho *a fundar una familia*, de ahí que todas las personas cuentan con el derecho universal de formar una

familia y como se desprende de la literalidad del texto anterior, no existe alguna condición, restricción o excepción para acceder al mencionado derecho.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 12.1 coincide, con otros Instrumentos en materia de Derechos Humanos, que los Estados Parte deben reconocer *el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, de manera que, se tiene el deber por parte de cualquier Estado de reconocer el derecho a la salud, por consecuencia también a la salud reproductiva. Así, el derecho a la salud junto al derecho de formar una familia son derechos humanos que cuentan con una interdependencia,⁴⁷ pues es debido argumentar que como consecuencia de acceder a la salud reproductiva se debe tener por reproducido el libre ejercicio de formar una familia.

También se debe subrayar que, aunque todo ser humano cuenta con la libre determinación o necesidad de querer ser padre o madre, los Estados no pueden estar obligados a garantizar el cumplimiento del derecho a la salud reproductiva, puesto que al tratarse de una incapacidad física como el impedimento para la procreación, las personas en cuestión no solucionan su padecimiento mediante una declaración jurídica o decreto; sin embargo, los Estados sí están obligados a la implementación de acciones que faciliten la búsqueda y el acceso a los medios que cumplan con una expectativa en la reproducción humana, ya sea de forma natural o artificial.

En la Conferencia del Cairo (citada en Dobernig 2018, p. 255) se reconoció que la libertad reproductiva es definida a partir de que:

⁴⁷ La *Interdependencia*, como característica de los derechos humanos, enfatiza “la interrelación y dependencia recíproca entre las diferentes categorías de derechos” (Vázquez & Serrano 2011, p. 23)

La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, [...]. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos, y de procrear, así como la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia.

Como está visto, el derecho reproductivo está contemplado en diferentes Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, con independencia de la jerarquía que éstos ocupen en cada sistema jurídico, es deber de los Estados el promulgar leyes que garanticen el acceso a los derechos reproductivos e informar a la población en general, y los que así lo soliciten, sobre los servicios de salud reproductiva, el derecho a decidir el número de hijos y el espaciamiento de los nacimientos.

Por lo tanto los Estados, en relación con los Instrumentos de Derechos Humanos, tienen el deber de vigilar que no se impida el uso de las TRHA; de supervisar a las instituciones de salud, ya sea privadas o públicas, en materia de salud reproductiva con el fin de que el objetivo reproductivo se lleve a cabo sin obstáculos institucionales; y, de crear el marco normativo e institucional para dotar a toda la población de la información necesaria para la adopción de cualquiera de las TRHA en caso de que así lo decida cualquier persona que tenga el deseo de tener un hijo o hija, y que tenga algún impedimento para procrear.

En relación a las partes que intervienen en alguna de las TRHA, es pertinente subrayar que lo que se busca con la intervención de los Derechos Humanos, no es que

se establezca quién es el titular del derecho más primordial en relación con los de otros sujetos que concurren en la práctica, sino que, y atendiendo al Principio de Universalidad de los Derechos Humanos, se cumpla con la obligación del Estado de garantizar y respetar los derechos humanos de todas y cada una de las partes que convergen en un acuerdo de esta índole, puesto que en éste acuerdo se concatenan una diversidad de derechos frente a otros, derechos que merecen un disenso por separado debido a que cada uno cuenta con sus propios efectos jurídicos en el ejercicio de los primeros.

Sin embargo, es necesario hacer mención que estamos de acuerdo con lo dicho por Luigi Ferrajoli (2004), en relación a que la *universalidad* en la que se sustentan los derechos humanos no es absoluta sino relativa:

En efecto, el «todos» de quien tales derechos permiten predicar la igualdad es lógicamente relativo a las clases de los sujetos a quienes su titularidad está normativamente reconocida. Así, si la intensidad de la igualdad depende de la cantidad y de la calidad de los intereses protegidos como derechos fundamentales, la extensión de la igualdad y con ello el grado de democraticidad de un cierto ordenamiento depende, por consiguiente, de la extensión de aquellas clases de sujetos, es decir, de la supresión o reducción de las diferencias de status que las determinan. (p. 39).

La anterior opinión es suficiente para determinar que existen derechos de sujetos que intervienen en la gestación subrogada a los que se les debe ponderar de manera primaria como el derecho a la vida, a la integridad, a la libertad personal, al derecho a la salud, antes que otros según la cantidad y la calidad de los intereses protegidos, entonces

podemos establecer que los llamados *status*,⁴⁸ determinados por la identidad de la persona, siempre han sido objeto de las desigualdades sociales marcando parámetros en la aplicación de las leyes

Derivado de esta concepción, podemos acordar que, en el caso del acuerdo de la gestación subrogada existe una conjunción de derechos en una misma relación, razón por la cual cada uno de los sujetos de derecho es oponible entre ellos; en otras palabras, los padres o/y madres intencionales demandan su derecho a la salud reproductiva, mientras que a la mujer o persona gestante se tendrá que garantizar entre otros derechos su derecho a la integridad física como parte de su dignidad humana; a las empresas privadas su derecho al trabajo; y a el producto de la gestación, parte más vulnerable del acuerdo, exigirá la debida y más amplia protección de sus intereses.

A lo anterior le debemos sumar que, según García Altamirano (citado en Gutiérrez & Burgos 2020, p. 40), casi tres cuartos de la población mundial no tiene acceso a la consolidación práctica de sus derechos humanos, pues plantea que los mismos ya se conciben como un logro alcanzado, y como objetivo ya alcanzado no hay nada que modificar y que “no es necesario cambiar las condiciones del sistema-mundo”.

En tales presupuestos, es obligación de cada Estado poner en marcha todas sus acciones y mecanismos en defensa de los Derechos Humanos con el objeto de que éstos no se vean manipulados, no sean vulnerados o se queden en simples discursos; puesto que, es muy probable que el ejercicio de un derecho humano, como lo es el derecho reproductivo, puede ser un acto que esté vulnerando otros más así como lo dispone el

⁴⁸ En relación a los llamados *status*, Luigi Ferrajoli amplía esta disertación en su obra *Derechos y garantías. La ley del más débil*, (2004).

Principio de *Integralidad*⁴⁹ de los Derechos Humanos, una expresión que no implique la exclusión de otros, sino que busque vincular, en un sólo hecho, distintos derechos.

En el caso mexicano, no fue sino hasta el 8 de abril del 2010, que el Senado de la República aprobó el proyecto de Decreto por el que se reforman diversos artículos de la Constitución Federal en materia de derechos humanos con el objetivo de construir un entorno vinculado al Estado de Derecho. De ahí que una de las reformas que se establecieron fue que el Título Primero lleve ahora como denominación “*De los Derechos Humanos y sus garantías*”, en el que se reconoce el goce de los derechos humanos por todas las personas. De esta manera el Estado mexicano, cumple con lo pactado dentro de los Tratados Internacionales en relación a la modificación de su norma suprema para que todos los derechos humanos sean reconocidos para su protección, sólo faltaría llevarlos a la práctica en el contexto social y que no sea más un producto ideológico y político.

3.1.1 La gestación subrogada dentro de los derechos humanos

Los Instrumentos de Derechos Humanos mecanizan las acciones de cada Estado que forma Parte de ellos, con el objeto de que el mencionado marco internacional interactúe con los marcos normativos internos, sin que pase desapercibido que son los mismos Estados los que deciden hasta donde se encuentran obligados a observarlos. A pesar de que la soberanía nacional de cada Estado se pueda llegar a imponer frente a

⁴⁹ “Enfatiza la relación de los derechos en los actos violatorios, cuando se violenta un derecho es muy probable que también otros sean vulnerados”; es decir, debido a que todos los derechos tienen la misma importancia en su objetivo, todos merecen idéntica atención. (Vázquez y col. 2011, p. 20)

cualquier Tratado Internacional para el establecimiento de una norma regulatoria interna, es importante subrayar que la práctica de Gestación Subrogada al englobar, al mismo tiempo, la presencia de varios sujetos titulares de derechos humanos, es deber de cada Estado entrar a un análisis profundo con el objetivo de lograr un ejercicio equitativo de los derechos humanos comprometidos en la mencionada práctica, tanto de los padres y/o madres intencionales, de las personas morales, de la mujer o persona gestante y de los hijos o hijas nacidos bajo alguna de las TRHA.

Tenemos entonces, que los Instrumentos de Derechos Humanos aprueban la práctica de las TRHA como medio para el ejercicio del derecho humano a la salud reproductiva y avalan el desarrollo económico de las personas. De ahí que la Gestación Subrogada, al ser una práctica que posibilita la concepción, gestación y parto de un hijo propio con la intervención de otra persona quién es la que proporciona el servicio de gestación, logra un acceso relativo a varios derechos como lo es el derecho a la familia, a la salud, entre otros.

Como se ha venido insistiendo, también al materializarse cualquier derecho humano se puede estar vulnerando o poniendo en riesgo otros, pues al presentarse un acuerdo de esta índole y al exponer una parte del desarrollo de la esfera jurídica de los padres y/o madres intencionales o de algunos entes económicos, con todo y sus efectos, se puede estar afectando los derechos humanos de alguna o de las demás partes que componen el acuerdo de Gestación Subrogada.

Es cierto, los padres y/o madres intencionales ya cuentan con la literalidad de la Ley que les da acceso a su derecho reproductivo o a su derecho de formar una familia por medio de las TRHA posibilitándose la satisfacción de su necesidad de procreación; o,

en el caso de las personas morales o sociedades, también se les garantiza el derecho a dedicarse a la ocupación que hayan elegido, siempre que ésta sea honesta, y también es cierto que los Derechos Humanos no se encuentran jerarquizados, de acuerdo al Principio de *Indivisibilidad*, debido a que los mismos contienen idéntico valor humano; sin embargo, en atención a las circunstancias o particularidades que encierra la Gestación Subrogada, es que se debe de ponderar la protección del derecho humano del sujeto que se encuentre en un estado de vulnerabilidad frente al derecho humano de otro sujeto, ya sea porque al materializarse el derecho a formar una familia se ponga en riesgo o se vulnere los derechos humanos de la mujer o persona gestante o que se encuentre en juego el interés superior del menor.

En diferentes regulaciones al rededor del planeta, el acceso a este derecho se encuentra limitado pues son las personas de ciertas condiciones económicas las que tienen la capacidad de acceder a él; prueba de ello son algunos de los casos registrados y publicados por el GIRE (2017, pp. 47-54) que se dieron en México, en los que se puede observar que los padres o madres intencionales son personas de nacionalidad extranjera que cuentan con los recursos económicos para solventar los gastos propios generados debido a la magnitud de las circunstancias, que van desde los gastos que se generan por el viaje desde su país de origen, los que se generan durante el tiempo en que van a tener su residencia, la manutención de la mujer o persona gestante, el costo económico debido al proceso del implante del embrión, los gastos médicos antes, durante y posterior al embarazo, la representación y asesoría jurídica, y un amplio etcétera.

Bejarano Sánchez (1999, p 45), nos dice que debido a la desigualdad social y económica es que el Estado tiene el deber de intervenir imponiendo limitaciones al

alcance de contratar con el fin de brindar auxilio a los desvalidos frente al desarrollo de los intereses privados, lo anterior prueba que los padres o madres intencionales junto con las agencias o empresas privadas dedicadas al ámbito de reproducción humana asistida, forman parte del poder económico en este convenio, mientras que es a la mujer o persona gestante, parte más vulnerable quien se sacrifica en aras del bien común sin prestación social alguna, a la que se le debe brindar el mencionado auxilio y protección del Estado.

Esta condición socio-económica de la mujer o persona gestante es la que no le permitirá hacer frente a cualquier eventualidad que se presente en caso de incumplimiento de alguna de las obligaciones adquiridas por los padres o madres intencionales, con todo y que el Estado debe tener en cuenta las violaciones a los derechos humanos, esto sin dejar a un lado el interés superior del menor que tendrá que ser considerado de mayor relevancia y en la misma condición de vulnerabilidad al momento de la concepción, del nacimiento y de pretender formalizar su filiación mediante el registro de su nacimiento en un acta oficial.

Existen casos en los que, después de llegar a un acuerdo económico entre los padres intencionales y la mujer o persona gestante, los primeros incumplen con alguna parte del contrato o con el otorgamiento de una contraprestación económica convenida,⁵⁰ pues la falta de regulación ha permitido abusos que dejan en un estado de indefensión a

⁵⁰ Victoria de 32 años, firmó un contrato en julio de 2016 para la transferencia de un embrión. En el mes de febrero después de presentar molestias acudió a la Clínica Médica Tabasco en la que le informaron que el feto había muerto. Sus familiares tuvieron que cubrir los gastos médicos durante su internamiento y después del mismo, pues ni la agencia responsable de llevar a cabo el acuerdo ni los padres intencionales aparecieron para el pago de estos; además de que, el pago convenido por la gestación no le fue otorgado. Hasta el 2017, Victoria esperaba que la agencia responsable pagara lo convenido y le restituyera los gastos que efectuaron en su recuperación. (Grupo de Información en Reproducción Elegida, [GIRE] 2017, p. 30)

las mujeres o personas gestantes quienes no cuentan con un acompañamiento legal al momento de oponer sus demandas.

Por otro lado, en México se han emitido dos propuestas de ley, la última en el 2021,⁵¹ en la que se pretendía establecer que sólo las personas casadas podrán tener acceso a la gestación subrogada, excluyendo del mencionado derecho a las personas solteras o a las que decidieron vivir en unión libre y esta tentativa supone una dificultad al acceso a una vida digna.

Con lo anterior esta visto, al igual que en otras regulaciones, que la propuesta de ley mexicana presenta atentados contra la dignidad de las personas en ciertas condiciones convirtiéndolos en sujetos de exclusión. Este atentado se presenta en contravención de los derechos humanos, pues los Instrumentos Internacionales dictan que el ejercicio de éstos deben ser garantizados por el Estado *sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*. Luego entonces, al reservarse el derecho humano a la reproducción sólo a ciertas personas en ciertas condiciones, se le está discriminando a otras más su libre determinación como ser humano en su esfera familiar.

Desde uno de los diferentes organismos internacionales, como lo es en el Parlamento Europeo,⁵² se han dado pronunciamientos que condenan la práctica de la

⁵¹ Iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada de la Ciudad de México. (4 de noviembre de 2021).

⁵² PARLAMENTO EUROPEO. (Resolución del 17/12/2015). Informe Anual sobre Derechos Humanos y Democracia en el Mundo 2014 y las políticas de la Unión Europea sobre esta materia. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2015-0470+0+DOC+PDF+V0//ES>

gestación subrogada en relación a que las personas que prestan el servicio de gestación humana son, en su mayoría, personas en estado de vulnerabilidad de ciertos países quienes ven en la práctica una forma de sobrevivir, sin que se defiendan su dignidad que puede estar siendo socavada.

Ahora, atendiendo las diferentes expresiones feministas, también existen posturas en este contexto que radicalizan la actuación de las mujeres o personas gestantes, en tanto que, argumentan que al darse esta práctica en medio de una desigualdad estructural no se puede decir que el convenio se halla dado en plena autonomía y libre determinación de las mujeres o personas gestantes; mientras que por otro lado, en los feminismos liberales optan por regular la conducta y alejarla de la punitividad y prohibición, pues la exclusión del ejercicio regulatorio “no hará desaparecer la práctica y provocará clandestinidad, lo que tendrá como consecuencia el incremento de la opresión y la vulnerabilidad de las mujeres gestantes y la niñez nacida como resultado de estos acuerdos”. (GIRE, citado en Vázquez junio 2021, p. 3).

Hay grupos, sobre todo los eclesiásticos, que niegan totalmente estas prácticas, además, opinan que del otorgamiento de una compensación económica a las mujeres o personas gestantes se da una explotación de sus cuerpos y capacidades reproductivas que las degrada:

... considera la práctica de la maternidad subrogada como un negocio en el cual se comercializa con el cuerpo de la mujer y el futuro bebé y el cual no siempre es un acto altruista más bien es el deseo de lucro en muchos casos lo que impulsa a muchas mujeres a ofrecer su vientre; ... (Ávila, *et. al.* 2021 p.12).

Al respecto, es claro que la opinión de la Iglesia en estos casos obedece a una moral que dejó de ser operante en la actual sociedad, pues se debe recordar que las normas canónicas, que data su formación desde la Baja Edad Media, también deben ser susceptibles de un ejercicio de reflexión y reforma pues, la falta de consideración y de adaptación de las normas canónicas a las necesidades sociales, sobre todos de grupos minoritarios, niegan la oportunidad de observar justos relativos a las personas.

Desde la posición del niño o niña, parte más vulnerable del convenio, Eleonora Lamm opina que la gestación subrogada no viola el interés superior del niño, pues afirma que “ningún estudio científico de psicología prenatal relativo a la gestación por sustitución ha demostrado que este modo de gestar suponga daño para el niño, ni siquiera potencial”; además de que, debido a que el niño nace en una familia que lo deseó los resultados suponen un desarrollo de las relaciones filiales aún más positivas que en las familias que tuvieron un hijo de forma natural. (2013, pp. 224-226).

Sin embargo, no es esto todo en lo que nos debemos cuestionar, sino que es a partir del interés superior del menor que es exigible una regulación del *reconocimiento* de los hijos o hijas nacidos mediante una TRHA como lo es la gestación subrogada; es decir, la existencia de un marco legal que los o las proteja y les brinde seguridad jurídica en cualquier nivel, sea local o internacional, pues de esa práctica nace un niño o niña y su respectivo interés superior exige que las personas que quieren ser padres lo sean siempre que pongan en práctica la protección, primordialmente, la dignidad del menor y que la filiación en este contexto se reconozca y se aplique con base en los Derechos Humanos.

Lo anterior es debido a que uno de los muchos problemas a los que se enfrentan los padres intencionales, es el que se da en torno a la filiación, ya que al momento de acudir al Registro Civil para el correspondiente trámite de registro del menor,⁵³ no se cuenta con un texto que autorice de manera clara y expedita el registro de los hijos o hijas nacidos por medio de la Gestación Subrogada dejando en una inseguridad jurídica y colocando al menor en un estado de *expósito*⁵⁴. Muy lamentablemente es común que los padres y/o madres intencionales se enfrenten a esta vulneración de los derechos humanos de sus hijos o hijas; no obstante que en La Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 7.1, se establece que *“el niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.”*

De ahí que las controversias en las TRHA, en esta práctica de Gestación Subrogada, en torno a sus efectos jurídicos en sus actores, se plantean desde los obstáculos jurídicos en la filiación de un menor concebido por medio de la Gestación Subrogada y parido en un país diferente al del padre y/o la madre intencional; cuando la mujer o persona gestante es de otra nacionalidad; hasta cuando los padres intencionales, al verse forzados a migrar a otro país en el que no se encuentre prohibida la gestación subrogada, se encuentran con límites legales al tratar de ingresar a su país de origen en

⁵³ En el 2015 un ciudadano israelí celebró un contrato de Gestación Subrogada en México, su hijo nació en el 2016. Cuando solicitó el acta de nacimiento ésta le fue negada y sólo con base en una prueba de ADN fue que el menor recibió documentos de identidad israelíes, aunque también le solicitaron el acta de nacimiento mexicana. No fue sino hasta el mes de marzo del 2017 que el ciudadano israelí y su hijo lograron salir del país mexicano; sin embargo, hasta el mes de junio del 2017 aún no cuenta el menor con documentos de identidad mexicana. (GIRE 2017, p 53).

⁵⁴ CCDF, artículo 492.- [...]

Se entiende por expósito, al menor que es colocado en una situación de desamparo por quienes conforme a la ley estén obligados a su custodia, protección y cuidado y no pueda determinarse su origen.

compañía de su hijo o hija producto de la gestación subrogada; entre muchas más dificultades legales:

Por ello se debe atender lo expresado en El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece en su dispositivo 24:

1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.
2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre
3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

Por tanto, los Derechos Humanos y los Instrumentos en esta materia, son fundamentales para definir las reglas de la Gestación Subrogada. Dado que en la actualidad los modelos de familia han dejado de ser los tradicionales, es imprescindible partir de la actual estructura social con sus opiniones y necesidades para arribar a un cuerpo legal que tenga como base la Progresividad⁵⁵ de los Derechos Humanos, con el objeto de que posteriormente el acceso al derecho a la salud reproductiva, que se encuentra inmerso en el derecho a la salud, permee en las máximas constitucionales de

⁵⁵ “Requiere del diseño de planes para avanzar hacia el mejoramiento de las condiciones de los derechos y el cumplimiento de dichos planes.”; es decir, que los alcances y contenidos regulatorios en Derechos Humanos no decrezcan. Al respecto el Estado tiene la obligación de avanzar en el fortalecimiento del nivel alcanzado.

cada Estado y garantizar así el derecho humano a la reproducción humana por medio de las TRHA, sin vulnerar los derechos humanos de otros sujetos.

3.2 La gestación subrogada en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

La historia de la Constitución Federal de México contiene múltiples reformas que han recogido todos los derechos reconocidos desde la Constitución de 1857, prueba de ello es que en materia de los Derechos Humanos se han dado pasos agigantados que requieren ser garantizados a cada momento debido a que la sociedad, en su constante evolución estructural, demanda una permanente modificación del marco constitucional que esté acorde a sus exigencias legítimas.

Existen derechos consagrados en normas fundamentales que se caracterizan por una necesaria y constante reinterpretación en aras de las actuales y divergentes exigencias sociales; así, el derecho a fundar una familia y a decidir el número de hijos así como a decidir el esparcimiento de éstos, si bien es cierto se encuentra garantizado mediante el texto constitucional, no ha tenido un eco en la formación sólida de normas secundarias claras de carácter general que establezcan una cohesión en el desarrollo del mencionado derecho y que además, en su desarrollo, no necesariamente tengan que ser resultado de interpretación alguna, sino que debe ser de un entendimiento simple en beneficio de la población en general para llevarlo a la práctica.

El derecho a formar una familia, en nuestro país, es un ejercicio que se encuentra ya establecido en el párrafo primero y segundo del Artículo Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

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

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

Sin embargo, y como anteriormente se mencionó, este derecho es de una necesaria interpretación para clarificar sus alcances; esto es así, puesto que debido a los cambios sociales y estructurales, el debate de la citada interpretación en el uso de los derechos de familia se ha extendido en consideración a la igualdad de las personas y, “Estos cambios incluyen el abandono judicial o modificación legislativa de códigos civiles o leyes con base en consideraciones de igualdad de género, derechos LGBTI+ y derechos de la infancia.” (Treviño 2022, p. 31).

Del texto constitucional citado se han desprendido diversas posiciones que se han ocupado para exponer los motivos por los cuales las personas pueden, fundadamente, exigir que se le garantice su derecho a formar una familia y el hacerlo una realidad representa el ejercicio al libre desarrollo de la personalidad, lo que implica necesariamente también la posibilidad de procrear y esta posibilidad hace exigible la intervención de los adelantos de la ciencia en materia de reproducción asistida, en caso de que la procreación

no se pueda realizar de manera natural, desde una norma fundamental. Ejemplo de ello es lo establecido desde la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en el que “debe reconocerse el derecho a las parejas homosexuales para que éstas accedan a los adelantos de la ciencia en materia de reproducción asistida y puedan convertirse en padres o madres a través de esos métodos. (Vázquez junio-2021, p.21), en caso contrario se estaría estableciendo una distinción basada en categorías sospechosas como lo es la orientación sexual.

En esa misma tesitura, Briseño montes y Jurado Parres (2018, p. 43) exponen que la gestación sustituta es un derecho humano no reconocido constitucionalmente:

Si bien es cierto, la Carta Magna no es restrictiva en lo relativo a la maternidad sustituta o subrogada, también lo es, que no tutela integralmente el derecho a una familia en situaciones no convencionales, como lo son las parejas homosexuales, heterosexuales infértiles o simplemente personas que desean formar una familia sin necesidad de pareja alguna. Con lo anterior no se atenta únicamente en contra del derecho a la familia, también se atenta contra el derecho a la vida privada...

En este sentido, el mismo Doctor en Derecho, Hans Jurado Parres (2018) concluye que “al carecer de normatividad constitucional en México, que regule la maternidad sustituta o subrogada, se vulnera el derecho a la vida privada ya que como ha sentado la Corte, la decisión de ser madre o padre biológico o genético, es parte de este derecho a la vida privada.” (p.44)

En la dinámica para la producción legislativa, se puede afirmar que las TRHA son posibilidades que deben entrar desde el reconocimiento constitucional, con ello las legislaturas locales deberán someterse a lo expresado y avocarse a la construcción de los correspondientes cuerpos legales con el objetivo de que sus respectivas poblaciones tengan acceso a los derechos reproductivos.

3.2.1 *Las categorías sospechosas durante el desarrollo de la Gestación Subrogada*

En la Gestación Subrogada se presentan varios sujetos con un mismo propósito: el de procrear un hijo o hija. Es claro que existen distinciones entre la variedad de sujetos que intervienen en la citada práctica de gestación, pero no es en estas distinciones en las que debemos ocuparnos, puesto que cada persona o ente jurídico cuenta con sus propios propósitos en la citada práctica de reproducción asistida.

Es necesario entrar en breve un análisis, en el que según Everardo Pérez Pedraza⁵⁶, Juez en materia familiar, quien más que hablar de que *“todos son iguales ante la ley”*, nos dice que lo más acertado es hablar de que *“la ley debe ser igual, en igualdad de circunstancias.”* Es decir, que ante un mismo derecho la ley debe disponer la misma accesibilidad para todos los sujetos; de lo contrario, al encontrar distinciones fácticas entre sujetos para un mismo propósito, sin que sean éstas justificadas, estaríamos cayendo en un acto sin la presencia del derecho.

Comenzando que las categorías sospechosas son aquellas enunciadas en el último párrafo del artículo 1º Constitucional; o sea que, son aquellas distinciones que se

⁵⁶ Magistrado del Tribunal Superior del Estado de Querétaro y Maestro en Derecho Privado en la Universidad Autónoma de Querétaro.

basan en el origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

En la práctica de la Gestación Subrogada, convergen una diversidad de sujetos de distintas posiciones y objetivos, quienes desarrollan cada uno su propio derecho con el riesgo de que éste sea vulnerado en oposición al derecho de otro sujeto, como es el derecho a fundar una familia mediante el acceso al derecho reproductivo frente a la autonomía de la voluntad por mencionar sólo uno. En tales condiciones será necesario entrar en un análisis que garantice el principio de igualdad mediante un supuesto justificado, puesto que están en juego los intereses de otros sujetos titulares de otros derechos.

Para una conclusión justa de la Gestación Subrogada se deberá transitar por varios artículos constitucionales antes, desde el artículo Primero, en el que se establece el goce de los derechos humanos para todas las personas; Cuarto constitucional, que establece el derecho a fundar una familia, el acceso a los servicios de salud y el derecho a la integridad personal, los derechos de la niñez de los que se derivan los derechos filiatorios relativos al principio del interés superior de la niñez; Quinto, en él se predica la libertad de trabajo; Sexto, en el que se protege el derecho a la vida privada; por los derechos económicos establecidos en el 25 constitucional, en relación a la intervención de personas morales como los entes que aportan los medios tecnológicos. Así, el buen desarrollo de todos y cada uno de los derechos tocantes en la Gestación Subrogada debe

ser una constatación, pues de lo contrario estaríamos frente a actos que pueden atentar contra la dignidad de las personas.

Una cuestión que se presenta en la demanda de un derecho, es el hecho en que varios sujetos de derecho pueden estar exigiendo el acceso al mismo derecho, en este caso se debe determinar si algún sujeto es discriminado al momento de solicitar el acceso al mismo derecho. Esto obliga a reflexionar para establecer si hay alguna distinción fáctica entre los sujetos que participan en la Gestación Subrogada, como son los padres intencionales, entonces encontraremos que como resultado de dicha reflexión, sí existen distinciones injustificadas que causan relevancia en el acceso al derecho reproductivo.

Es decir, tenemos que los padres y/o madres intencionales son los sujetos de derecho que apelan a las TRHA como lo es la Gestación Subrogada como una posibilidad para la realización de formar una familia con hijos o hijas; sin embargo, esta posibilidad se les ha negado a las personas que se encuentran solteras o que simplemente se encuentran unidas sin un vínculo civil que lo determine, esto es así puesto que en algunas legislaciones⁵⁷ el acceso a esta posibilidad es otorgada sólo a las personas unidas en matrimonio, unidas mediante concubinato o a mujeres solteras, actos que dejan desprotegida a la institución familiar y transgreden el libre desarrollo de la personalidad y vulneran los derechos a la igualdad, a la no discriminación de las personas.

Entonces, estamos ante una distinción basada en una categoría sospechosa, como la contenida en el artículo Primero de la Constitución Política de los Estados Unidos

⁵⁷ En el Capítulo Sexto del Código Civil para el Estado de Querétaro, se encuentra prohibida la maternidad asistida y la contratación del vientre de una tercera mujer para la gestación de un embrión (art. 400); además de que, se establecen las reglas relativas para la adopción de embriones, en las que entre otras determinaciones, se niega el acceso a las mencionadas TRHA a los hombres solteros.

Mexicanos en relación a las preferencias sexuales o al estado civil, que carece de una justificación, luego entonces un ordenamiento civil que establezca limitaciones en esta materia pone en riesgo el principio de igualdad mediante el trato diferenciado y discriminatorio respecto a las personas solteras o parejas de personas homosexuales al negarles el acceso al derecho reproductivo por medio de las TRHA.

Ahora bien en relación a otros sujetos que intervienen en la práctica de Gestación Subrogada, en cualquiera de ellos puede estar en riesgo su dignidad y su libre desarrollo de la personalidad y su libre determinación, no sólo respecto a los padres intencionales, sino también respecto a las mujeres o personas gestantes. En atención a lo anterior, Karla Cantoral Domínguez, interpreta lo dicho por el Pleno de la SCJN (en Treviño & Ibarra, p. 226) de este país, en relación a que ninguna norma debe perpetuar estereotipos en los que la mujer no pueda ejercer su capacidad reproductiva de manera autónoma, provocando un efecto estigmatizante al requerir una autorización de su conyugue, y continua diciendo que “la determinación de participar en un contrato de gestación subrogada corresponde a la mujer gestante”, esto en virtud de que en algunas legislaciones o iniciativas de ley la participación de las mujeres o personas gestantes está condicionada al visto bueno de su pareja o conyugue.

En lo que respecta a los hijos o hijas nacidos mediante estos métodos resultado de los adelantos científicos, también han existido actos que han sido motivo de discriminación al momento de realizar el trámite de registro. En un caso documentado por el GIRE (2017. p. 25), una pareja de nacionalidad mexicana, al momento de querer registrar oficialmente a sus hijos gemelos nacidos mediante la gestación subrogada les fue negado el derecho de identidad de sus hijos debido a que la autoridad responsable

aducía que el contrato por el que se celebró el acuerdo de gestación subrogada era falso, por lo que los menores carecieron de una identidad por más de seis meses.

En otras palabras, en el momento en el que la autoridad, institución o ley les negó el derecho de filiación de los menores, materializó una distinción basada en una categoría sospechosa enunciada en el último párrafo del artículo Primero de nuestra Constitución Federal, sin que esta distinción se encuentre dentro de una estricta “justificación robusta que venza la presunción de inconstitucionalidad”(Pérez, p.4).

Por ello es indispensable que el mismo ejercicio reflexivo se dé en cada una de las circunstancias que rodean a los sujetos de derecho en la gestación subrogada, con el objeto de que sus resultados sean una herramienta argumentativa para llevar a cabo una incisión detallada en el proceso legislativo a fin de garantizar el principio de igualdad y de no discriminación; y que a su vez, los sujetos de derecho en comento tengan la legitimidad necesaria para llevar una práctica justa de la Gestación Subrogada.

3.3 La Constitución Política de la Ciudad de México y el acceso al Derecho Reproductivo mediante la Gestación Subrogada

Debido a que la Ciudad de México está compuesta por una pluralidad de seres humanos, y como lo expone Correas (2007), es necesario que una pluralidad humana obedezca a un mismo sistema jurídico, los actores políticos se dieron a la tarea de promulgar la Constitución Política de la Ciudad de México.

Derivado de la reforma política publicada el 28 de enero del 2016 que sufrió la Constitución Federal en sus artículos 43 y 44, la sede de los Poderes de la Unión se le

denominó Ciudad de México convirtiéndose en un Estado de la Unión; en fecha 31 de enero del año 2017 se aprobó, por el Pleno de la Asamblea Constituyente, que a partir del 5 de febrero del 2017 los habitantes de la Ciudad de México contarán con una Constitución denominándola Constitución Política de la Ciudad de México (CPCM), publicándola en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México para su entrada en vigor. En ella se prescribe las directrices por las que se concibe como un espacio para el disfrute equitativo de sus bienes y la búsqueda de la felicidad; además de que, se consolida como un Estado garante de los derechos humanos y de las libertades inalienables de las personas.⁵⁸

Entonces, mediante esta norma constitucional se procura que sus habitantes tengan la posibilidad de buscar su *felicidad*; sin embargo, este concepto de *felicidad* resulta ser de un origen axiológico muy ambiguo y relativo, al menos desde la perspectiva del derecho, un concepto como éste aplicado desde un ordenamiento jurídico podría representar una práctica de grandes y amplias dimensiones subjetivas, no siendo el caso para la concepción de los Derechos Humanos⁵⁹ y de las libertades inalienables⁶⁰, preceptos que cuentan con una denominación delimitada por la doctrina jurídica.

⁵⁸ Constitución Política de la Ciudad de México, Preámbulo, párrafos cuarto y quinto:

“La Ciudad pertenece a sus habitantes. Se concibe como un espacio civilizatorio, ciudadano, laico y habitable para el ejercicio pleno de sus posibilidades, el disfrute equitativo de sus bienes y la búsqueda de la felicidad.”

“Reconoce la libre manifestación de las ideas como un elemento integrador del orden democrático. Busca la consolidación del Estado garante de los derechos humanos y de las libertades inalienables de las personas.”

⁵⁹ Los derechos humanos son derechos subjetivos, son expectativas formadas en todas las personas en relación con la acción u omisión de los Estados, las empresas, los poderes fácticos y del resto de las personas respecto a ciertos bienes primarios constitutivos de lo que se considera la dignidad humana. (Vázquez y otros 2011, p.12)

⁶⁰ Las libertades inalienables, son aquellas que están comprendidas como fundamentales.

A pesar de la posible interpretación que se le pueda agenciar al concepto de *felicidad* desde un texto constitucional, el ejercicio de un derecho no puede atropellar el ejercicio de otro, aun cuando en dicho ejercicio se objetivase el propósito de ser *feliz*. Con todo esto, cada habitante de la Ciudad de México puede, si es su deseo, buscar la felicidad debido a que, en el orden constitucional de la Ciudad referida, el acceso a los derechos contenidos, y a los que las instituciones tienen el deber de garantizar y obedecer, representan los medios para el cumplimiento de dicho propósito. Por ello, es pertinente considerar que en el desarrollo de cualquier derecho se podría estar invadiendo otro; y en el caso que nos ocupa, se encuentran hasta cuatro sujetos de derecho involucrados en un mismo hecho jurídico.

La CPCM ha establecido el acceso libre a diversos derechos, entre ellos se encuentran los derechos reproductivos que tiene la tarea de garantizar la posibilidad de procrear un hijo propio en atención a todas las personas. Este es también el deseo de muchos y muchas que no pueden lograrlo de manera ordinaria y recurren a la búsqueda de otros métodos para lograr su objetivo como lo es el de la Gestación Subrogada, derivada de las TRHA. Aunque para la realización de este objetivo humano sea necesaria la intervención del derecho de otras personas como el de la mujer o persona gestante, el del hijo o hija producto de la gestación subrogada y el de las personas morales o empresas destinadas a la reproducción asistida.

Directamente del Capítulo II de título De los Derechos Humanos, artículo 6° denominado *Ciudad de libertades y derechos*, en su apartado *F* de los *Derechos reproductivos*, se expresa que:

1. *Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, voluntaria e informada tener hijos o no, con quién y el número e intervalo entre éstos, de forma segura, sin coacción ni violencia, así como a recibir servicios integrales para acceder al más alto nivel de salud reproductiva posible y el acceso a información sobre **reproducción asistida**.*

El mismo dispositivo sexto establece, en su apartado *D. Derecho a las familias* la protección a la familia reconociendo, en igualdad de derecho, todas las estructuras, manifestaciones y formas de comunidad por ser esta una institución que contribuye *al cuidado, formación, desarrollo y transmisión de saberes para la vida, valores culturales, éticos y sociales*; así, podemos asumir que cualquier forma de comunidad familiar, sea cual sea su estructura, contribuye a la tarea del cuidado y transmisión de valores culturales de la sociedad.

Mientras que los servicios de salud, que se encuentran ordenados en el Artículo Noveno, llamado *Ciudad solidaria*, en su apartado D nos dicen que:

1. *Toda persona tiene derecho al más alto nivel posible de salud física y mental, con las mejores prácticas médicas, **lo más avanzado del conocimiento científico** y políticas activas de prevención, así como al acceso a servicios de salud de calidad.*
2. ...
3. ...
4. *Los servicios y atenciones de salud públicos y privados respetarán los **derechos sexuales y los reproductivos de todas las personas** y brindarán atención sin discriminación alguna, en los términos de la legislación aplicable.*

Entonces, si partimos de la relación que existe entre el apartado F con el apartado D del dispositivo Sexto constitucional de la Ciudad de México, mismos numerales que se pueden ver robustecidos por lo expresado en el artículo Noveno, apartado D, podemos llegar a la conclusión de que la familia, institución reconocida por su importancia en la construcción de la sociedad, puede ser estructurada desde cualquier forma de convivencia⁶¹ y para tal propósito los derechos reproductivos posibilitan el acceso a la reproducción asistida; y este ejercicio reproductivo en específico, se reconoce como un derecho a la salud en el que todas las personas, sin distinción alguna, pueden acceder tomando en cuenta los avances de la ciencia para lograr el propósito deseado.

En lo que respecta a los derechos de la mujer o persona gestante que se encuentran en la CPCM, indispensable es que se resalte que, en su artículo Sexto, apartado A, llamado *Derecho a la autodeterminación personal* establece que:

1. Toda persona tiene derecho a la autodeterminación y al libre desarrollo de una personalidad.

2. Este derecho humano fundamental deberá posibilitar que todas las personas puedan ejercer plenamente sus capacidades para vivir con dignidad. La vida digna contiene implícitamente el derecho a una muerte digna.

⁶¹ CPCM, artículo 11, *Ciudad incluyente*; apartado H. Derechos de las personas LGBTTTI

1...

2. Se reconoce en igualdad de derechos a las familias formadas por parejas de personas LGBTTTI, con o sin hijas e hijos, que estén bajo la figura de matrimonio civil, concubinato o alguna otra unión civil.

Ahora, los grupos prioritarios⁶² son aquellos que enfrentan discriminación, abuso y obstáculos para el ejercicio de sus derechos y libertades por su condición social-económica-cultural, motivos que los coloca ante una desigualdad estructural.⁶³ Entonces, es procedente colocar dentro de los grupos prioritarios a mujeres o personas gestantes puesto que cualquiera de estas personas podrá ser definida como una de las que podría integrar los referidos grupos. Desde la cuestionada Gestación Subrogada, podrán existir casos en los que, en una sola mujer o persona gestante, llegue a configurarse dos y hasta tres diferentes sujetos de derecho que se enuncian en el artículo once de la CPCM, como lo puede ser que la mujer o persona gestante sea una **mujer** que se autodefina como una persona **lesbiana** y además pertenezca a un grupo **indígena**.

Es el caso que las personas, al tomar la decisión de participar en un contrato de Gestación Subrogada como la mujer o persona gestante, están ejerciendo la autonomía inherente a su persona, a su independencia y lo están haciendo en total privacidad de su vida; cualquier acto que se traduzca como contrario a los derechos mencionados, la Ciudad de México deberá poner atención en lo que establece el texto del artículo Onceavo, de título *Ciudad incluyente*, apartado A:

⁶² Según la CPCM se reconoce como grupos de atención prioritaria (art. 11), a las mujeres, a los niños niñas y adolescentes, personas jóvenes, personas mayores, personas con discapacidad, personas LGBTTTI, personas migrantes y sujetas de protección internacional, víctimas de violaciones a los derechos humanos o de la comisión de delitos, personas en situación de calle, personas privadas de su libertad, personas que residen en instituciones de asistencia social, personas afrodescendientes, personas de identidad indígena y de minorías religiosas.

⁶³ Artículo 11, *Ciudad incluyente*; apartado A. Grupos de atención prioritaria.

“La Ciudad de México garantizará la atención prioritaria para el pleno ejercicio de los derechos de las personas que debido a la desigualdad estructural enfrentan discriminación, exclusión, maltrato, abuso, violencia y mayores obstáculos para el pleno ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales.”

A. La Ciudad de México **garantizará la atención prioritaria** para el pleno ejercicio de los derechos de las personas que debido a la desigualdad estructural enfrentan discriminación, exclusión, maltrato, abuso, violencia y mayores obstáculos para el pleno ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales.

Así, ante cualquier hecho o acto que puedan llegar a enfrentar las personas que caigan en los supuestos mencionados en el precepto anterior debido a la desigualdad estructural, la Ciudad de México deberá garantizar, entre otros derechos y libertades, *su capacidad para decidir sobre su persona y su patrimonio, así como para el ejercicio de sus libertades, independencia, privacidad, intimidad y autonomía personal.*⁶⁴

Es decir, nos habla del derecho humano que tiene toda persona que habita en la Ciudad de México a ejercer sus capacidades con el propósito de tener una vida digna;⁶⁵ por ello es totalmente congruente y viable, desde el ámbito jurídico, que una persona decida prestar el servicio de gestación subrogada pues es de acuerdo al ejercicio de su independencia, privacidad, de la autonomía de su voluntad y a sus capacidades físicas que se lo permiten.

De acuerdo a las diferencias fácticas que surgen a partir de las características particulares que rodean a los sujetos de derecho que intervienen en el mismo hecho y que se presentan en un acuerdo de esta naturaleza, es necesaria y por demás obligatoria la intervención oficiosa de instituciones públicas o la de asociaciones civiles que velen

⁶⁴ CPCM; Capítulo II, De los Derechos Humanos; Artículo 11, Ciudad incluyente; apartado B, número 2, inciso d).

⁶⁵ Artículo 9, Ciudad solidaria; apartado A, Derecho a la vida digna.

por los derechos de las mujeres o personas gestantes, sobre todo por los derechos de los niños o niñas,⁶⁶ quienes también resultan ser un grupo prioritario enunciado en la CPCM, en caso de que éstos derechos se vean comprometidos o resulten atropellados por la injerencia de los derechos de otros sujetos.

Ahora que, si se habla de la existencia de ordenamientos específicos en la compilación legislativa de la Ciudad de México que garanticen actualmente el acceso a los derechos reproductivos mediante las TRHA, y que establezcan equitativamente todos los derechos comprometidos en dicha práctica, dichos cuerpos normativos no los hay. Como se señaló puntualmente en el capítulo segundo del presente trabajo, en el mes de septiembre del año 2021, cuatro años después de que entrara en vigor la CPCM, se presentó una iniciativa de ley que buscaba garantizar el acceso al derecho reproductivo en cuestión sin que se obtuvieran los resultados favorables para la vigencia de la Ley de Maternidad Subrogada en comento.

En sentido contrario, lo que establece la CPCM en el Capítulo I De la función legislativa; Artículo 29, *Del Congreso de la Ciudad*, el Congreso de la Ciudad tiene como una de sus facultades la de la formación de leyes, según lo expresa el artículo 30 de la misma constitución, además, es una de sus competencias la de: *Expedir y reformar las leyes aplicables a la Ciudad de México en las materias conferidas al ámbito local,...*⁶⁷ y

⁶⁶ CPCM. Artículo 11; apartado D. *Derechos de las niñas, niños y adolescentes*

1. Las niñas, niños y adolescentes son titulares de derechos y gozan de la protección de esta Constitución. La actuación de las autoridades atenderá los principios del interés superior de las niñas, niños y adolescentes, de la autonomía progresiva y de su desarrollo integral; también garantizarán su adecuada protección a través del Sistema de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la Ciudad de México.

2. La convivencia familiar es un derecho humano tutelado por esta Constitución.

⁶⁷ CPCM. CAPÍTULO I DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA. Artículo 29, *Del Congreso de la Ciudad*; apartado D, *De las competencias del Congreso de la Ciudad de México*

si a esto le sumamos que los deben cumplir respetando los Principios rectores de los derechos humanos;⁶⁸ tenemos como resultados, que las Cámaras de Representantes en su tarea de legislar la atención de las demandas de las minorías, deben subsanar las ausencias de textos legales que se prestan para ejercer la reproducción asistida en medio de la incertidumbre jurídica.

Ante estos actos de omisión en los deberes y obligaciones del Poder Legislativo de la Ciudad de México en esta materia, surge la interpretación maliciosa de las leyes por parte de entes públicos y privados para obtener un beneficio propio creando contratos privados que adolecen de equidad jurídica; además de que la falta de una norma específica que regule la Gestación Subrogada, facilita la construcción de discursos demagogos que solamente nutren las columnas mediáticas y es caldo de cultivo para la acumulación de simpatizantes hacia cualquier color político, ya sea que se pronuncien a favor o en contra de la práctica de las TRHA según la posición que se guarde en el recinto legislativo y en relación al citado tema demandado por las minorías. Esto soslaya el respeto al derecho de las minorías, derecho que es indispensable poner en marcha en un estado que presuma ser partícipe de un sistema democrático.

3.4 La Gestación Subrogada en el Código Civil para el Distrito Federal

En el año de 1928 se publica, en el Diario Oficial de la Federación, el *Código Civil para el Distrito Federal* (CCDF) entrando en vigor el día 1º de octubre de 1932. En él se dice que se plasmaron las orientaciones sociales de la Constitución de 1917. También,

⁶⁸ CPCM; Artículo 4, Principios de interpretación y aplicación de los derechos humanos; apartado B. *Principios rectores de los derechos humanos*

en su momento, algunos miembros de la Comisión⁶⁹ afirmaban que uno de los motivos que se tomó en cuenta en los debates, fue la profunda transformación que los pueblos han experimentado a consecuencia de los descubrimientos científicos, entre otras transiciones:

El cambio de las [sic] condiciones sociales de la vida moderna, impone la necesidad de renovar la legislación y el derecho civil, que forma parte de ella, no puede permanecer ajeno al colosal movimiento de transformación que las sociedades experimentan. (De Buen 1986, p. 117)

Esta forma de pensar, que se tomó en cuenta para la creación del Código Civil que rige actualmente a los habitantes de la Ciudad de México, no ha dejado de tener vigencia en las diversas modificaciones que sufre el ordenamiento civil. Desde su promulgación hasta nuestros días, las transformaciones sociales han sido el motor que impulsa las reformas, tal es el caso del artículo 162, en su segundo párrafo que fue reformado el 25 de mayo del 2000.

En el dispositivo citado del Capítulo III denominado *De los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio*, existe un ejercicio aparentemente permisivo en relación a la práctica de cualquier método de reproducción asistida, con lo que se asume que la gestación subrogada es posible practicarla; sin embargo, la falta de un texto específico en el mismo cuerpo normativo, hace que de la interpretación del articulado referente a la

⁶⁹ Entre los mexicanos que tuvieron intervención con sus comentarios en el proyecto de la Comisión, se puede citar a Gual Vidal, Molina Enríquez, Luis Cabrera y Miguel S. Macedo. (De Buen 1986, p.117)

reproducción asistida se logren filtrar estados de incertidumbre jurídica en los sujetos de derecho:

ARTICULO 162.- Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.

*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.*

Por lo tanto, al no exponer alguna condición en el empleo de cualquier método de reproducción asistida, es dable suponer que al establecer dentro del texto la palabra “**cualquier**” se entiende que en el referido dispositivo legal no hay excepciones para la elección de un método científico en específico que cumpla con las expectativas del sujeto de derecho con el propósito de lograr su propia descendencia; sin embargo, al establecer que el mencionado ejercicio estará bajo **los términos que señala la ley**, este derecho reproductivo podrá estar sometido a un escrutinio legal.

Ahora, en el artículo 292 del mismo Código Civil, se *reconoce como parentesco los de consanguinidad, afinidad y civil*, equiparando también el parentesco por consanguinidad el que se produce entre el hijo o hija *producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta* (art. 293, párr., II, CCDF); además en el mismo numeral expone que la donación de células no generará parentesco alguno.

Por lo demás, existe una interrogación que se vislumbra como una incertidumbre jurídica, ya que en el mismo párrafo del referido artículo 293, se expresa que el parentesco se produce también entre el producto de la reproducción asistida y **sólo la mujer** que haya procurado el nacimiento para que se le atribuya el carácter de progenitora, pero... qué hay en el caso en el que **un sólo hombre** procure el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitor, si en el mismo ordenamiento civil se ha establecido el derecho a adoptar para las personas solteras mayores de 25 años (art. 391, CCDF), entonces acaso ¿las personas solteras no deben estar en su derecho de acceder a las referidas técnicas de reproducción en el mismo ordenamiento civil? hecho que, por cierto, también debería generar una relación de filiación y establecer un parentesco equiparable al de consanguinidad (art. 390, CCDF).

Luego entonces, si la pretensión en ambos enunciados es el mismo: generar una relación paterno-filial; en el caso de que **un sólo hombre** pretenda acceder a la gestación subrogada y contratar los servicios de una persona para que ésta materialice la gestación de un nuevo ser con su material genético o no, este caso no será posible jurídicamente debido a que el texto de la norma civil en comento, no establece que un sólo hombre tenga la posibilidad legal de ser padre o progenitor mediante la Gestación Subrogada.

Ejemplo de ello es el que se puede citar de la Iniciativa con proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada para la Ciudad de México, pues de su texto se desprende que sólo las personas unidas en matrimonio tendrían acceso a la mencionada Ley, en caso de que se hubiere promulgado, sin que se puedan tomar en cuenta las personas en unión libre o solteras.

Todo lo anteriormente dicho es sin entrar aun en el ausente tema de un Contrato específico de Prestación de Servicios de Gestación Subrogada en el CCDF.

3.5 El ámbito del comercio en la Gestación Subrogada

El comercio, es visto como una actividad que busca la obtención de ganancias y beneficios, es una de las proyecciones humanas más antiguas, pues es indudable que ha estado presente en las civilizaciones más primitivas de la existencia humana, hasta su vigente composición dada la conjunción de los complejos sistemas que lo componen y que le dan su actual carácter global.

Es aquí donde se acentúa más un conflicto de intereses en el tema que nos ocupa, ya que de acuerdo a las experiencias conocidas, la gestación subrogada es un acto del que se genera un acto de comercio, puesto que, la mujer o persona gestante tiene necesidades tan comunes como las de cualquier otra persona; mientras que por otro lado, los padres intencionales o madres intencionales buscan el apoyo de profesionales con el objetivo de que el proceso de gestación se desarrolle de tal manera que se vea en lo menos posible afectada su economía, esto último también es aprovechado por las empresas que tienen como objeto social el desarrollo de TRHA como actividad económica, quienes con el objetivo de incrementar sus ganancias recurren a la voraz mercadotecnia para alcanzar sus metas.

En algunos Estados de Occidente como en Ucrania y en Rusia, la práctica de gestación subrogada es muy recurrida por el hecho de que se presume de legal el pago por la subrogación, mientras que en Grecia y Reino Unido es legal siempre que no se

realice pago de por medio. Se estima que la gestación subrogada es un mercado global estimado en más de 5 mil millones de dólares, (Deutsche Welle, 2021) estos datos ponen en un gran debate a la subrogación materna. Los que se oponen a la práctica han adoptado diferentes posiciones, desde los que opinan la prohibición total debido a que consideran que se trata de un acto de comercio que explota a las mujeres gestantes y también a la incertidumbre jurídica en la que se ven los hijos o hijas producto de la gestación subrogada; empero y sin subestimar estas opiniones, existen otras muchas que dicen lo contrario.

Olga Kicena, de nacionalidad ucraniana, fue madre sustituta que dio a luz a un niño de padre y madre de nacionalidad china, ella expone que en ningún momento se sintió explotada y que, muy al contrario, mejoró su vida y la de su pequeña hija de trece años:

llegue a esto para dejar de vivir con mi madre y poder comprarme una casa pequeña, sino habría tenido que trabajar aquí durante mucho tiempo o irme a trabajar al extranjero. No quería dejar a mi hija con su abuela, o con otra persona, así que no me lo pensé mucho y decidí entrar a un programa de gestación subrogada para poder comprarme una casa en un año. Al principio lo hice por dinero, por supuesto es cierto, pero una vez que estuve embarazada, sentí que estaba criando una familia para alguien y cambié mi forma de pensar: el dinero está bien, pero darle vida a alguien es mucho mejor. (Euronews, 2020).

La conducta de la mujer o persona gestante nos remite al derecho a la libertad personal a dedicarse a la actividad de su elección, prevista como una garantía individual como se prescribe en la práctica jurisprudencial mexicana al ordenar que se debe entender *como un atributo consustancial de la naturaleza humana y como la facultad de elección para hacer o dejar de hacer algo, siempre que no se perjudiquen derechos de terceros*; mientras que; el artículo 5° y 123 de la Constitución Federal tutela la facultad de elegir la actividad que mejor le acomode siempre que no sea una actividad ilícita, no se afecten derechos de terceros ni de la sociedad en general.

En relación a lo establecido en materia de derechos humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra, en su artículo 23, el *derecho de todo gobernado a decidir una ocupación digna y socialmente útil*;⁷⁰ es decir, que el Estado debe respetar la actividad que el gobernado haya seleccionado, en un justo equilibrio con las limitantes ya mencionadas.

La mujer o persona gestante ejerce su libertad personal de elección, de acuerdo a sus propias capacidades físicas y condiciones, al prestar el servicio de gestación y recibir una compensación económica con el fin de solventar gastos propios de su persona o de su familia, como cualquier otra que haya optado por dedicarse a otra actividad para solventar los medios indispensables para su subsistencia, como es el caso de las personas que desempeñan labores de seguridad pública quienes reciben una serie de contraprestaciones económicas a cambio de brindar seguridad y poner en riesgo su propia vida en favor de la sociedad.

⁷⁰ TCC, Amparo en revisión 173/2002, 3er. TCC, Vigésimo Tercer Circuito, octubre 2002, registro 17272, SJF-T-XVI, p. 1272.

En ese mismo sentido, la mujer o persona gestante como ser humano pensante, al poseer autonomía sobre su propio cuerpo es propietaria de toda su fuerza de trabajo del que puede disponer para su propio beneficio consciente de un fin, esto no sucedería en los casos en los que la mujer o persona gestante lo llegase hacer, no por su cuenta, sino bajo condiciones coactivas de su voluntad como sucede en la esclavitud.

Para ello, cabe hacer una distinción, que si bien es cierto esta práctica se desarrolla a través de un contrato entre particulares, las partes que lo celebran no pueden ser llamados *comitentes* debido a que el artículo 273 del Código de Comercio (cc) establece que *comitente* es aquel *que confiere comisión mercantil y comisionista el que la desempeña*; sin embargo, para el caso que nos ocupa; ni la mujer o persona gestante ni el padre(s) o madre(s) intencionales confieren alguna comisión mercantil por el hecho de participar en un contrato de gestación subrogada, luego entonces, como ni la mujer o persona gestante ni los padres y/o madres intencionales cumplen con las expectativas tratadas en el concepto de *comitentes* y *comisionistas* señaladas en el cc, no es posible definir las como sujetos de derecho que estén desarrollando una actividad mercantil.

Además de que en el artículo 75 del mismo cc se define cuáles son los actos que son exclusivamente de comercio, en ellos la gestación o procreación biológica de una persona no aparece como un acto de comercio; así como tampoco el útero de una persona, se supone como cosa, un mueble o inmueble que esté dentro de las consideraciones de comercio, según el mismo cuerpo normativo en la materia. Se puede entender del cc referido que las personas, incluyendo el cuerpo humano no son objeto de comercio, por lo tanto, se debe hacer una distinción entre la comercialización del cuerpo humano y los servicios que una persona puede proporcionar mediante la fuerza

de su trabajo, como una expresión de sus facultades físicas y mentales, expresión que se puede materializar en un contrato de prestación de servicios de gestación subrogada.

Siguiendo esta misma línea, se puede considerar que la gestación subrogada no es una práctica derivada de la explotación de cuerpos de mujeres o como producto de la cosificación de las relaciones humanas, sino como lo señala Camacho (citado en López y Aparisi 2012, p. 258) “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.”

La explotación y cosificación de las relaciones humanas son producto de un sistema libre de mercado, de un sistema en el que implica la acumulación de riqueza y concentración de poder, la explotación del trabajo implica relaciones de dominación y despojo auspiciado por el intervencionismo del Estado.⁷¹ Sin embargo; en el caso de la relación que surge libremente entre los padres y/o madres intencionales y la mujer o persona gestante, ésta última es la persona propietaria de su fuerza de trabajo, la que transforma la realidad mediante la fuerza de trabajo de sus propios órganos; y por lo tanto, la relación deberá ser articulada alrededor de un intercambio de capital-fuerza de trabajo y evaluada, como lo sugiere Alma Arámbula Reyes (2008), desde la compatibilidad existente entre la fuerza de trabajo y la fuerza biológica, tomando en cuenta lugares y circunstancias.

⁷¹ Para más información véase La negación del ejercicio de los derechos humanos, una consecuencia de los procesos de fetichización y cosificación en el derecho de García, E. (2020), en: En: Gutiérrez, R. & Burgos, M. (Coord.). *Globalización, Neoliberalismo y Derechos de los Pueblos Indígenas en México*. (pp 25-64). IIJ-UNAM.

Para Erich Fromm, aludiendo a Carlos Marx, el trabajo representa una categoría antropológica, una expresión libre de la vida, una actividad personal no una mercancía; el propio Marx acordaba con Hegel en que el trabajo se entendiera como “el acto de la autocreación del hombre” (Fromm 1961, p. 29). Con estas posiciones, en el caso que nos ocupa, se debe apuntalar la proscripción de la superexplotación de la fuerza de trabajo como herramienta moderna del capitalismo, pues al ser la mujer o persona gestante dueña de su propia fuerza de trabajo y transformadora de la realidad, los razonamientos contractuales para la creación de la relación en la Gestación Subrogada se tendrán que derivar de una postura que favorezca el desarrollo económico de la parte más vulnerable; ya que este resultado debe emanar del desarrollo del derecho a la autonomía.⁷² Así y sólo así, los sujetos de derecho tendrán que respetar su rol jurídico y específico dentro de la relación contractual sin que se afecte derechos de terceros.

En lo que respecta a la aparente comercialización de los menores nacidos bajo la Gestación Subrogada, el Comité de Derechos Humanos dependiente de la ONU, en su Observación General 17, “consideró que países como México tienen la obligación de inscribir a los niños después de su nacimiento, para reducir el peligro de que sean objeto de comercio, raptos y otros tratos incompatibles con los derechos humanos.” (citado en Treviño & Ibarra 2022, p. 247)

3.5.1 La intervención de empresas privadas dentro de la gestación subrogada

⁷² “... postula la facultad y la libertad de todas las personas de autogobernarse, sin injerencia de terceros. Implica el derecho a tener y vivir conforme con los propios valores y creencias, y de tomar decisiones trascendentales sobre la vida y salud, sin coacción, violencia o discriminación.” (Marentes y otros, en Treviño & Ibarra 2022, p. 261)

La Constitución Federal, establece el derecho humano a la libertad de trabajo y de comercio, y de tal fundamento se interpreta que no se debe impedir que una persona se pueda dedicar al comercio o trabajo que le acomode.

Para el presente objetivo académico se debe recordar que, existe la intervención de empresas privadas con actividades económicas (abogados, despachos jurídicos, gestores, centros de fecundación in vitro, agencias, etc.), personas morales que, de acuerdo al derecho a la libertad de trabajo, industria y de comercio derivado del Artículo 5º de la Constitución Federal, cuentan con la personalidad jurídica requerida y tienen por objeto la prestación de servicios en el área de las TRHA, actos de comercio que complejizan aún más la práctica de Gestación Subrogada al permear en la esfera jurídica de las partes involucradas, puesto que las empresas privadas persiguen en una lógica mercantil la obtención de beneficios de la que se puede llegar a una concepción errónea acerca de una posible comercialización del vientre materno o del hijo o hija.

Esto se debe, entre otras razones, a que el poder económico obliga a los legisladores a la creación de normas que favorecen el crecimiento de las organizaciones económicas, y México no es ajeno en la adopción de estos sistemas que favorecen el desarrollo nacional como uno de los objetivos finales de sus políticas, pero que deja en suspenso un acceso equitativo a ciertos derechos, como lo es en materia de reproducción asistida, práctica que busca la satisfacción de procreación humana.

Desde cualquiera de sus aristas, en el derecho reproductivo se enfrentan diversos derechos, y uno de esos enfrentamientos es el que se da entre el ejercicio del comercio en aparente oposición al ejercicio del derecho reproductivo. A pesar de que la práctica de reproducción asistida en comento es una que lleva fines tan legítimos como lo son los

de procrear, gestar, criar, cuidar y ver crecer a un ser humano en un vínculo tan estrecho como el paterno o materno-filial, un propósito tan noble, se ve intervenido por los frívolos sistemas de comercio.

El comercio interviene en la gestación subrogada mediante los entes privados que buscan una ganancia mediante la renta, venta o prestación de servicios que pueden ir desde la asesoría jurídica, hasta ofrecer todo el entramado comercial que necesariamente se tiene que adquirir, si es que se desea llegar a buen término un proceso de gestación de esta naturaleza.

Es precisamente la falta de regulación en esta área la que ha permitido que personas morales o empresas con actividades económicas participen de maneras discutibles en los contratos de esta naturaleza mediante su asistencia o asesoría, lo que deja una permisón sin la coyuntura legal que regule dicha intervención privada. De la misma manera, esta misma omisión de los actores en los procesos legislativos en la materia de reproducción asistida, ha permitido que las mismas personas morales interesadas en su desarrollo económico, consagrado en el artículo 5° constitucional, no puedan acceder legalmente al mismo, privándolas con esto de la obtención de ingresos legítimos derivados de una actividad humana como lo es el trabajo.

Estas lagunas normativas, se ven reflejadas finalmente en la esfera jurídica de las personas físicas, pues las normas prohibitivas o la posible flexibilidad de éstas en el proceso de la práctica, impactan de manera negativa en el contrato en comento y se torne turbio y con vicios finalizando en la nulidad de éstos, aun después de concluido el proceso de gestación y se tenga por nacido el hijo o hija, producto de la gestación subrogada.

Por tales razones es necesario que observemos el escrutinio que al respecto hizo nuestro Máximo Tribunal:

Amparo en revisión 129/2019.

1. Se reconoce el derecho de las personas a que puedan acudir a las TRHA ya que esta decisión pertenece a la esfera más íntima de la vida privada y familiar y a su vez forma parte de la autonomía de la voluntad.
2. La prohibición absoluta respecto a la intervención de personas morales que tengan por objeto social la prestación de servicios en técnicas de reproducción asistida resulta inconstitucional, debido a que limita totalmente el derecho de contratar que las personas tienen para decidir determinados servicios con la mejor atención y de cualquier otro apoyo profesional que se requiera.
3. Dicha prohibición absoluta es injustificada e incide directamente en los derechos humanos a la libertad de trabajo y de comercio, a la igualdad y no discriminación de la persona moral dedicada a la prestación de servicios en el área de TRHA.
4. Lo que resulta legítimo, es regular este tipo de servicios con el objeto de que determinadas prácticas no pongan en riesgo a los menores nacidos de alguna de las trha.

En el momento en que la SCJN resuelve que es totalmente constitucional la intervención de empresas con objeto social en la prestación de servicios relacionados al tema de TRHA, entonces es viable que personas morales se puedan dedicar a esta actividad económica, máxime que al garantizar el acceso al derecho humano a la libertad

de trabajo y de comercio previsto en el primer párrafo del artículo 5° constitucional, se estaría garantizando que, quienes así lo decidan, reciban la asesoría de profesionales que les marque la pauta debida para el otorgamiento de su voluntad contractual, desde antes, durante y posterior al proceso de gestación.

Según la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (Cofepris 2016), en México existen 89 clínicas de carácter privado y público que ofrecen los servicios de TRHA, mismas que por la falta de regulación en la materia no cuentan con la vigilancia en los acuerdos y procedimientos, lo que repercute en los derechos de los sujetos-parte de la gestación subrogada al exponerlos a una inseguridad jurídica por causa de la indiferencia del legislativo y del ejecutivo local y federal.

Un aspecto legal que no debe perderse en medio de la laguna jurídica, es lo que la lógica de la competencia entre entidades económicas dicta: la necesidad de promover y publicitar los servicios que se ofrecen, aspecto que se debe regular, pues de la exposición de mensajes promocionales, que implícita o explícitamente se difundan en la publicidad o anuncios comerciales en los que se oferten todos los servicios relativos a las TRHA, se pueden desprender contenidos discriminatorios o de exclusión debido a cualquier condición, ya sea social, de raza, económica, de discapacidad o de cualquier otro tipo que pueda causar agravio en la dignidad de las personas; o quizás refuercen los discursos que generan la desigualdad social o de género, ofreciendo la comercialización de técnicas que lleven el propósito de la posible elección del sexo o el color de ojos del hijo o hija deseado.

3.6 La competencia del Congreso Federal en la regulación del derecho a la salud reproductiva

Existen diversos aspectos de la salud reproductiva, como la Gestación Subrogada, opción que se deriva del ejercicio al derecho a la salud, que aún no se encuentran regulados puntualmente dentro de la norma en materia de salud, esto es producto de la falta de interés legislativo del Congreso Federal pues se han presentado cerca de 10 iniciativas sin que alguna haya tenido los efectos legales requeridos para su entrada en vigor.

En México, las cuestiones relativas a la salud reproductiva no han sido reguladas, aun cuando nuestro Máximo Tribunal se ha pronunciado al respecto en el sentido de que estos temas deben ser vistos desde el Congreso Federal dadas sus facultades constitucionales.⁷³ En el mes de noviembre de 2018,⁷⁴ se trató de regular los procedimientos para garantizar el derecho consagrado en el artículo 4° de la Constitución Federal que proponía reformar algunas disposiciones contenidas en la Ley General de Salud en las que se debía regular en materia de reproducción asistida.

En dicha Iniciativa se proponía la introducción del concepto de *reproducción asistida*, el ejercicio de atribuciones de la Secretaria de Salud para el control y vigilancia de los establecimientos que se dedican a la reproducción asistida; control y vigilancia de en la disposición de gametos relativos a la reproducción asistida; además de que,

⁷³ CPEUM, Artículo 73, El Congreso tiene facultad, fracción XVI. Para dictar leyes sobre [...] salubridad general de la Republica.

⁷⁴ Una de éstas iniciativas para modificar la Ley General de Salud, en relación a la reproducción asistida, es la que presentó la senadora Olga María del Carmen Sánchez Cordero el 20 de Noviembre de 2018. Disponible en: https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/1/2018-11-20-1/assets/documentos/Inic_MORENA_Salud_Rep_HA_201118.pdf,

proponía la incorporación de un Capítulo VI Bis en el que se procuraba una definición de la reproducción asistida, sus requisitos y prohibiciones; la adición de una fracción VI, en el artículo 313, en el que se le daba la competencia a la Secretaría de Salud para la regulación y el control sanitario de la reproducción asistida; establecía la requisición de una licencia sanitaria a los establecimientos dedicados a la reproducción asistida; y por último, establecía sanciones para el que ilícitamente obtenga, conserve, utilice, prepare o suministre gametos relativos a la reproducción asistida y al que comercie o realice actos de simulación jurídica que tengan por objeto la intermediación onerosa de gametos relativos a la reproducción asistida o embriones.

Esta Iniciativa fue criticada, ya que se consideraba que iba dirigida sólo para quienes buscan contratar los servicios de reproducción asistida, no así para la observancia de los derechos de las mujeres o personas gestantes.(Capdevielle & Medina, en Treviño & Ibarra 2022, pp. 274-275), y aunque este último motivo tiene su debida relevancia, no se cree suficiente para darle todo el crédito a un resultado negativo para su entrada en vigor. Es difícil encontrar los motivos reales por los cuales la mayoría de las Iniciativas en esta materia adolecen de un consenso legislativo, puesto que los objetivos declarados no han logrado permear en la tan hermética cúpula congresista en este tema.

En una acción de inconstitucionalidad promovida por la, entonces, Procuraduría General de la República, el Pleno de la SCJN se pronunció en relación a la competencia,⁷⁵

⁷⁵ 7 de junio de 2021; Acción de inconstitucionalidad 16/2016 promovida por la Procuraduría General de la República; Ministra Ponente, Norma Lucia Piña Hernández; disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2021-06-01/01062021%20Preliminar.pdf>.

en la que se resolvió que, si bien es competencia de las entidades federativas administrar los servicios de salud en materia de planificación familiar, esta atribución competencial deberá estar prevista en la Ley General de Salud; por lo tanto, la regulación de las TRHA y sus procedimientos médicos, debe ser competencia federal por ser un tema de salubridad general.⁷⁶ Se entiende así que, los congresos locales se deben avocar a atender sólo las cuestiones relativas a la filiación derivada de la gestación subrogada, a la regulación del contrato civil, en la posibilidad de que las mujeres o personas gestantes deban obtener una compensación económica, y demás argumentos coyunturales que al tema en cuestión se relacionen, y dejar en la competencia exclusiva del Congreso de la Unión lo relacionado a la regulación de los procedimientos técnicos de fertilización que llevan al desarrollo de la gestación subrogada, así como lo referente a la autorización de los establecimientos que tienen por objeto la prestación de servicios en el área de TRHA.

Las omisiones normativas que lleguen a existir en esta área, permiten que los derechos de los pacientes y las pacientes que optan por este procedimiento, así como el de las mujeres o personas gestantes, se vean en constante estado de vulneración debido a que no existe una norma que obligue a las instituciones salud a desplegar las debidas acciones para establecer un acceso correcto al derecho a la salud reproductiva, en específico a la gestación subrogada, para los que así lo necesiten y soliciten.

Además de que, toda la información debida respecto a las consecuencias médicas, que la gestación subrogada puede ocasionar en el organismo, la debe tener la mujer o persona gestante para estar en condiciones de otorgar o no un consentimiento libre e

⁷⁶ CPEUM. Art. 73. El Congreso tiene la facultad:, Fracc. XVI. Para dictar leyes sobre [...] salubridad general de la República.

informado y así someterse a un tratamiento libre de la fecundación; mientras que el personal de las instituciones de salud deberá estar obligados a proporcionar, de manera clara, la citada información.

Siguiendo a Beauchamp, uno de los Principios de la bioética que se aplica perfectamente al sentido de lo antes señalado, es el de *beneficencia* que prescribe lo siguiente:

... esforzarse por encontrar un equilibrio entre riesgos y beneficios. Expresa la obligación para el personal de salud de proveer asistencia a las personas y de perseguir sus intereses legítimos; pero tiene también una dimensión social, que busca maximizar los beneficios para la sociedad cuando están en juego aspectos individuales y sociales de la medicina. (citado en Treviño & Ibarra 2022, p. 262).

Estas mismas omisiones en la creación de leyes han llegado a permear en las leyes de la Ciudad de México pues, a pesar de que en la Ley Orgánica de la Administración del Distrito Federal se le da atribuciones a la Secretaria de Salud de esta demarcación para que cumpla con lo dispuesto en la Ley General de Salud; si esta última norma no ordena que la ley secundaria se aboque a la vigilancia de los procedimientos de reproducción humana asistida en la demarcación de la Ciudad, nos encontramos nuevamente ante un vacío legal que viene permeando desde las curules del Congreso Federal hasta en la repercusión que afecta a los derechos en salud reproductiva, específicamente en los de reproducción asistida de los habitantes de la Ciudad de México.

3.7 La falta de regulación de la gestación subrogada

Como ya es evidente, la Gestación Subrogada se ha constituido como un fenómeno social, una realidad que rebasa la concepción de ser sólo un procedimiento médico, luego entonces, al superar la ficción tecnológica y plantarse como una práctica real que recae en un ejercicio legítimo de la sociedad, es claro que se debe dimensionar desde el ámbito jurídico. Por otro lado, en cada periodo de gobierno existen hechos a los que, según los actores del momento, se les puede dotar de una atención prioritaria, de acciones políticas y legislativas para que sean encaminadas a subsanar las prerrogativas del momento histórico del país. Es decir, según la importancia y el tono que le otorguen los representantes políticos a las exigencias sociales, será la medida en la que sean observadas y subsanadas las mismas por parte de las instituciones de los diferentes niveles de gobierno, sobre todo en la atención que le puedan dar por parte de los cuerpos legislativos.

Y como ya se ha comentado; se han enviado diversas iniciativas que han quedado en el intento de regular el fenómeno social en comento, dos de ellas son las que se dieron en el 2010 cuando se envió a la V Legislatura de la, entonces denominada, Asamblea Legislativa del Distrito Federal, una Iniciativa con Proyecto de Decreto con el que se pretendía la creación de la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal; y de la misma manera, en el 2021 se envió al actual Congreso de la Ciudad de México, una vez más, una Iniciativa de Ley para la expedición de la Ley de Maternidad Subrogada, mismas que ostentaron resultados idénticos: no llegaron a su publicación.

Esta misma situación de vacío se ha desarrollado en los Congresos Legislativos de las diferentes Entidades de la República Mexicana, en cada Estado se vierten

diferentes posiciones y opiniones de diversos sectores que influyen de tal manera, en los representantes populares, que terminan por desechar las Iniciativas de Ley en relación al tema de la Gestación Subrogada.

Y a pesar de que han existido múltiples foros⁷⁷ y pronunciamientos que la SCJN⁷⁸ ha hecho en los que argumenta la urgencia de regular en la presente materia con el fin de evitar transgresiones a los derechos humanos de las partes en contexto, sobre todo en los de las mujeres o personas gestantes, las voces autorizadas no han tenido el eco suficiente para la implementación de las acciones legislativas para el establecimiento y entrada en vigor de la tan indispensable normativa.

Estas circunstancias nos remiten a la búsqueda de los posibles factores que intervienen como causas para el establecimiento de una norma que prevenga de los efectos jurídicos de una conducta sin regular en la sociedad.

3.7.1 *El contexto político*

Por su carácter multifactorial y multidisciplinario, la Gestación Subrogada es un tema que se debe abordar desde la relación socio-política, pues en él intervienen diversos sectores de la sociedad, en contraste, con las políticas de gobierno que se van

⁷⁷ Como ejemplo se puede citar el texto de *Feminismos y Derecho. Un diálogo interdisciplinario en torno a los debates contemporáneos*, en el que Regina Tamés Noriega (en Alterio & Martínez, 2020, p. 305), realiza un informe exponiendo que la falta de legislación de las TRHA deja un campo de incertidumbre jurídica que permite abusos en las personas, desprotección para los médicos y problemas sobre identidad para los recién nacidos mediante estas técnicas.

⁷⁸ “El máximo Tribunal exhortó al Congreso de la Unión a regular con urgencia la materia, incluyendo la prohibición de que se practiquen la venta de niños y niñas, pero abriendo la posibilidad de que las mujeres gestantes obtengan una ayuda económica por su participación. El interés de la Corte es evitar la práctica clandestina y desregulada de estos procedimientos.⁶⁸ Hasta la fecha, el exhorto al Congreso de la Unión ha quedado en letra muerta” (citado en Treviño & Ibarra 2022, p. 276).

redireccionando de acuerdo al momento histórico, a los personajes y a las ideologías de cada facción política. Desde finales del siglo pasado hasta la fecha, los destinos de los habitantes de la República Mexicana han estado cambiando de manos, desde las llamadas facciones de derecha a izquierda hasta la llamada alternancia política.

Estas divergencias políticas, han sido factores determinantes para que la ausencia de regulación de la gestación subrogada siga dando materia de controversia a los tribunales judiciales, pues la práctica en comento no es observada por las facciones políticas desde su facultad legislativa, mucho menos desde una perspectiva de protección al derecho de familia misma que, en cualquiera de sus expresiones, tiene el objetivo social y la capacidad de fortalecer el desarrollo de sus integrantes como seres individuales con intereses propios. Aunque también existe una parte en la sociedad que aun refleja un interés por perpetuar la figura tradicional de la familia, esta parte de la sociedad no tiene el suficiente peso para evitar la inercia de la actual fuerza de transformación y de dinamismo social.

Las Instituciones creadas por los gobiernos en turno, sólo apuntalan las acciones discursivas mandatadas por el Estado, y éste último determinado como el poder político que ejerce el monopolio de la producción de las normas desobedece el pacto social; es decir, no reconoce su responsabilidad en los efectos que surgen de la falta de regulación de las conductas, como lo es en la de la gestación subrogada, que ha emergido como una alternativa en contra de las limitaciones para la satisfacción de la reproducción humana de las personas sometidas a la jurisdicción estatal.

Entonces, las políticas públicas mucho dependen del color de la mirada de sus autores, el derecho a la familia por medio de las TRHA suele ser un tema que guarda

radicales opiniones dentro de los recintos legislativos,⁷⁹ pues también existen objeciones en las que se argumenta que dichas técnicas de reproducción humana son resultado de las políticas neoliberales, sin embargo, para Torres Quiroga (en Treviño & Ibarra 2022) lo que debe suceder es cambiar la óptica y:

... reentender la maternidad, en la cual se pondere la igualdad de derechos, el rol asignado a las mujeres no casadas, solteras y sin hijos, y la participación del Estado a través de políticas precisas que tutelen sus derechos como ciudadanas, entre los que se encuentra la libertad reproductiva. (p. 209).

Y si a esto le sumamos la indiferencia del representante del Poder Ejecutivo quien deja de ejercer su derecho referido a iniciar leyes,⁸⁰ entonces tenemos simplemente, que la falta de regulación de la práctica de la gestación subrogada junto con la ausencia de políticas públicas en el tema se debe entender, no de otra forma, sino como una indiferencia social y falta de interés de los Poderes de la Unión⁸¹ para la creación una normativa específica con respuesta a los intereses actuales y que garantice como un derecho universal el acceso a la salud reproductiva mediante cualquiera de las TRHA;

⁷⁹ Como ya se comentó en el Capítulo I del presente trabajo académico, el 30 de noviembre de 2010 en la Asamblea Legislativa del entonces Distrito Federal, se aprobó una Ley respecto a la Maternidad Subrogada; sin embargo, la legislación en comento fue rechazada a petición de activistas por contener supuestos vacíos legales, por lo que se modificó su contenido en un 90%, posteriormente fue presentada pero fuera del término lo que la llevo a ser rechazada nuevamente. (Díaz & Pérez 2015, p. 101).

⁸⁰ CPEUM. De la Iniciativa y Formación de las Leyes; Artículo 71. El derecho de iniciar leyes o decretos compete: I. Al Presidente de la República; II... III... IV...

⁸¹ En el actual periodo de transición, la LXV legislatura del Senado de la República ha concluido sus trabajos legislativos con más de 4,500 iniciativas y cerca de 300 minutos, ambos rubros pendientes de dictamen. La mayoría de las comisiones dieron por terminadas sus actividades (Saldierna, agosto-2024), para dar paso a las bancadas ganadoras de las contiendas electorales del 2024.

además de que, en su contenido sean reconocidos los mismos derechos reproductivos con una perspectiva de género.

Es imposible encontrar una evolución histórica de las causas reales que, hasta ahora, han tenido la capacidad de determinar la falta de regulación de la práctica de la gestación subrogada en el país, pues pueden estar supeditadas a las decisiones de grupos de personas o sectores influenciados por razones personales, por factores políticos, económicos, sociales, culturales o de cualquier otra índole; pero lo que sí es una realidad y no se puede esconder, es que la dirección de cualquier política de gobierno siempre se va a ver influenciada por sistemas económicos ordenados desde las altas cúpulas de poder lejanas a la representación democrática, en las que se dejan de expresar la diversidad de intereses sociales legítimos de un estado democrático.

Ahora, en tiempos de transición política la expectativa popular vuelve a nacer, pues se cree que al obtener la mayoría representativa en ambas Cámaras podrán salir a la luz las normativas pendientes de discusión; al menos que, para que se descubran y se puedan combatir las verdaderas causas de la falta de interés en el tema por parte de los representantes del sector político, se deba pertenecer a alguna de las facciones políticas, situación muy poco probable, pues cualquier ser humano que cuente con suficiente capacidad de raciocinio, de libertad de pensamiento, de consciencia, de responsabilidad, de crítica, pero además de prudencia,⁸² es que dicha posibilidad está muy lejos de ser concebida.

⁸² El profesor e investigador de la UNAM Mario Magallón Anaya, en su *Análisis crítico de los Derechos Humanos desde la Modernidad alternativa radical* (2015), explica que un ser humano de libre pensamiento puede deliberar, dialogar sobre problemáticas filosóficas, políticas, históricas, entre otros temas; para discrepar, comprender y hacerse comprender sobre los problemas que afectan a la humanidad y sus condiciones de vida.

3.7.2 *Consecuencias de la falta de regulación*

A pesar de que las causas en la falta de regulación de la Gestación Subrogada suelen ser variadas y en ocasiones obscuras, generalmente las consecuencias o efectos de la falta de regulación los recaen en las personas más vulnerables del contrato, como lo son los niños o niñas producto de esta TRHA, así como en las mujeres o personas gestantes que son las que portan el embarazo.

Otros sujetos de derecho que intervienen en citado convenio de gestación subrogada y que no se deben discriminar, son las personas morales como las clínicas con objeto de TRHA y los padres y/o madres intencionales; mismos que también recaen los efectos que el Estado atribuye, a través de la Ley, a cualquier sujeto que despliegue su voluntad mediante un acto jurídico.

En cambio, existen países en los que, si bien no está prohibida su práctica, se desconoce que del acuerdo de gestación subrogada surja como consecuencia cualquier efecto jurídico, como en Francia o en algunos estados de la Unión Americana como Luisiana, Nebraska y Nueva York, estos contrastes complejos llegan a impactar de manera negativa en el ejercicio de los derechos de las partes involucradas del acuerdo.

Múltiples son los efectos que se reflejan en los diferentes sujetos de derecho que participan en el contrato de gestación subrogada, por mencionar sólo algunos ejemplos:

- Los efectos, según la Psicología, que pueden llegarse a producir en los niños o niñas al saberse producto de una gestación subrogada, especialmente cuando la mujer o persona gestante es un familiar (hermana, madre, prima, abuela, etc.).
- La mujer o persona gestante soporta el riesgo físico, psicológico y jurídico, además de la crítica social; por lo tanto, las condiciones en las que ella deba

mantenerse durante el periodo de gestación recaerán en las esferas de las demás personas que intervienen en la práctica.

- Los efectos civiles en términos de la filiación, pues de la falta de este derecho en materia de subrogación materna surgen diversas complicaciones que pueden representar la falta de reconocimiento, la falta de identidad y hasta una condición de apátrida en los menores.
- Existen las personas morales, como las clínicas de infertilidad, agencias o despachos jurídicos que cuentan con la personalidad jurídica para realizar actividades que tienen por objeto la prestación de servicios de TRHA, mismos que aprovechan la ausencia de regulación en esta área para realizar sus actividades y que hacen del objeto, entre otras consecuencias, una opción de costo elevado que hará el enriquecimiento de estas entidades económicas a costa de la satisfacción de la necesidad de las personas a procrear por medio de las TRHA.
- En los padres o madres intencionales los efectos también pueden variar, pueden ir desde el cobro indiscriminado por los servicios hasta la imposibilidad legal de reconocer como suyo al hijo o hija procreada debido a que el derecho civil no ha presupuestado todas las complicaciones legales; además de que, en el caso de que los contratantes sean de otra nacionalidad, existe la posibilidad de que no puedan trasladarse a su país de origen debiendo quedarse en el país por más tiempo del que se había calculado en un inicio.
- En caso del incumplimiento de alguna disposición del contrato por alguna de las partes, las consecuencias pueden ser variadas dependiendo de las particularidades del caso, pues al encontrarse en el limbo jurídico esta especie de

contrato, las normativas en las declaraciones penales están a expensas de cualquier interpretación tendenciosa, misma que puede afectar de manera negativa a la parte carente de la protección por parte de la norma, sin contar que, la falta de atención legislativa privaría de una acción legal por cualquiera de las partes.

Entonces las consecuencias, como son los efectos negativos que se producen a partir de una deficiente o nula regulación, permean en todos los sujetos que intervienen en la práctica en comento. Es dable mencionar que los efectos por la falta de regulación se pueden manifestar, de la misma forma, por las prohibiciones expresas a la práctica como lo está en el Estado de Querétaro; o lo declarado en artículo 243, del Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí:

Art. 243. Es inexistente la maternidad substituta y por lo mismo no producirá efecto legal alguno. Si un embrión fuese implantado en una mujer distinta a la cónyuge o concubina, la maternidad se le atribuirá a la primera.

Las prohibiciones de acceso a los métodos científicos, como son a las TRHA, producen la clandestinidad de la práctica, la criminalización de las mujeres o personas gestantes y de los contratantes, el abuso de las clínicas especializadas en este tema, además de las violaciones a los derechos filiatorios de los menores nacidos de las TRHA como la gestación subrogada.

Ante los avances científicos y tecnológicos, en México se ha legislado de forma incompleta o deficiente la gestación por sustitución, lo que ha ocasionado situaciones con efectos negativos, tales como inseguridad para la mujer que lleva el embarazo a término, así como supuestos de incumplimiento sobre el acuerdo en cuanto a los términos y condiciones que pactan las partes intervinientes, en lo que, además de forma paradójica, el objeto del contrato se refiere a la vida de un ser humano cuya tutela jurídica debe ampararse a través del interés superior de la infancia. (Cantoral, en Treviño & Ibarra 2022, p.208)

Es importante armonizar las legislaciones en materia contractual en el contexto de la gestación subrogada, pues es un hecho que aun en los Estados de la República Mexicana⁸³ en los que se ha regulado esta práctica, siguen existiendo vacíos legales que están expuestos a una interpretación particular de los interesados para beneficio propio.

En CCDF de la Ciudad de México, a partir del 2007 se le otorga cierto reconocimiento al uso de tecnologías sólo al propósito de equiparar el parentesco por consanguinidad al vínculo que surge entre el hijo producto de la reproducción asistida y el hombre y la mujer o sólo la mujer, reiterando la inexistencia en el acceso a este tipo de parentesco para hombres solos. Las limitaciones y prohibiciones al momento de pretender acceder a la gestación subrogada en esta céntrica Ciudad y todas las consecuencias derivadas de la falta de regulación, atraen un problema aún más grave: la clandestinidad⁸⁴ como una opción.

⁸³ Como se comentó en el Capítulo I de este trabajo, en México sólo en los estados de Sinaloa, Tabasco se ha regulado la Gestación Subrogada; y de manera genérica, las TRHA se encuentran establecidas en Coahuila, Zacatecas, Sonora, Michoacán y Ciudad de México mediante la celebración de un contrato civil.

⁸⁴ La práctica oculta de la gestación subrogada es un tema que, por considerarse de suma importancia, se podrá escudriñar en el presente trabajo académico en su Capítulo Cuarto.

CAPITULO IV

**La necesidad de establecer la figura de la
gestación subrogada en el Código Civil de la
Ciudad de México**

*La no concordancia de los viejos cauces
con las nuevas técnicas es lógica,
por eso muchos escollos son insuperables
si no se remontan con soluciones nuevas
o con una interpretación actualizada.*

*Alma Arámbula Reyes**

* Licenciada en derecho por la UNAM; Maestría en Derecho internacional por la UNAM; Doctora en Ciencias Políticas y Sociales con especialización en Relaciones Internacionales por la UNAM; Diplomado en Derecho Humanos por el Instituto Nacional de Derechos Humanos; Diplomado en Política Exterior por el Instituto Matías Romero de la Secretaría de Relaciones Exteriores; especialización en Tratados Internacionales por la Academia de Derecho Internacional de la Haya; y, Premio Nacional de Investigación en Derecho Internacional otorgado por la Barra Mexicana de Abogados.

CAPITULO IV

LA NECESIDAD DE ESTABLECER LA FIGURA DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN EL CÓDIGO CIVIL DE LA CIUDAD DE MÉXICO

4.1 La Ciudad de México, centro de la actividad nacional

Durante siglos, nuestro México se ha gestado y se ha reproducido así mismo debido al gran repertorio de eventos que a lo largo de su historia han concurrido convirtiéndolo en un compendio multicultural; y su Capital, con una población actual de 9,209,944 personas;⁸⁵ es vista desde cualquier parte de la República Mexicana como el corazón del país, emblemática por ser la tierra que dio vida a nuestra sangre azteca, ombligo de la luna que se vio usurpado por los invasores.

Hoy en día, convergen en sus altas cúspides de concreto, entes empresariales con influencia nacional e internacional, que hacen de esta Ciudad una fuente frívola de oportunidades que ratifican el ejercicio del sistema capitalista, resultado de una incipiente política económica global; bordada en sus orillas por la pobreza y por la ingenua clase media, vértice de eventos espectaculares y deportivos, espacio de debates y discursos ideológicos, concentración de las transformaciones nacionales, recinto y paso migratorio para la sobrevivencia de las culturas americanas, ventana multicolor de expresiones sociales, consuelo efímero de los desplazados, lugar que alimenta la fe de los creyentes y al mismo tiempo la indiferencia por las minorías.

En este céntrico contexto nacional, pluralidad de seres humanos, se disimula la dominación de las élites capitalistas mediante supuestas oportunidades de crecimiento personal desde el terreno laboral que sólo ratifican la sobreexplotación del capitalino,

⁸⁵ Según el Censo de Población 2020, el INEGI reporto que del total de la población, 4,805,017 (52.2%) son mujeres, mientras que 4,404,927 (47.8%) son hombres.

ávido por una reivindicación humana que lo coloque en el centro de cualquier sistema político y jurídico.

La Capital sigue siendo el punto medular en la disputa por el poder gobernante, pues es algo significativo que el hecho de tomar posesión de la Ciudad de México representa detentar el poder, y cada incursión ideológicamente lograda en ella, acentúa su símbolo de poderío, una fuerte influencia perdurable hasta la fecha. Esta idea era, es y será obsesión de muchos, pues se ha asumido el centro del país como un espacio siempre disputable debido a que en él se desarrolla la contienda y despacho de políticas económicas que dirigen el ámbito colectivo y personal de sus habitantes.

4.1.1 *Espacio de lucha*

Cosío y otros (1994) comenta eventos tales como; que en la época prehispánica, el territorio mexicano fue objeto de la incursión española que, con el pretexto expedicionario, trajo como consecuencia la mezcla de razas y el fin del pensamiento mágico. Con la occidentalización de los indígenas se fraguaba a la par su cristianización y durante el siglo XVIII, el número de criollos llegó al millón, el 60% de la población aún era indígena mientras que un 20% era mestiza; los negros y mulatos representaron una minoría.

Durante la última década del siglo XVIII, la Ciudad de México se mantuvo como la cabeza nacional transformando su fisionomía con la iluminación pública y el tránsito de automóviles, en ella se concentró la política y la economía; mientras que la incursión de gobernadores españoles trajo consigo la influencia francesa. Estos acontecimientos detonaron en Alejandro Humboldt una de las primeras expresiones en relación a las discrepancias sociales de la época: *“México es el país de la desigualdad, existe una*

desigualdad tremenda en la distribución de la riqueza y de la cultura". En 1822, se incorporaron algunas provincias de Centroamérica al territorio mexicano y la Constitución de 1824 lo dividió en 19 estados y cinco territorios, las teorías de Montesquieu se hicieron presente al dividir el poder en Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial.

El Estado francés, logró hacerse de la capital de la República en la década de los sesenta del siglo XIX y darle la corona del imperio mexicano a Fernando Maximiliano de Habsburgo; a la caída de éste último, en julio de 1867 Juárez entra a la capital del país y entre otras acciones, reanimó la economía nacional reanudando las obras del ferrocarril que conectaba el centro de la República con el puerto de Veracruz, única salida del comercio nacional al extranjero.

Durante el porfiriato, la Capital experimentó un incremento en el número de sus habitantes, pasando de 240 mil en 1877 a 720 mil en 1910 gracias a los efectos que se derivaron de la expansión de la red ferroviaria, a que era sede del poder federal y a que el 12 % de la industria se concentraba en el centro del país y a que los actores políticos de la época se afanaban por vestir a la urbe de prosperidad y progreso.

Por otra parte, estas transformaciones atrajeron mayor número de migrantes a la Ciudad, pues como era de esperarse, la concentración de las actividades económico-políticas en la Capital serviría de foco para que una importante cantidad de seres creyeran en una transformación positiva en su forma de vida. Al respecto, Elisa Speckman, expone que las ciudades en el país no estaban preparadas para recibir migrantes en mayor cantidad:

Algunos ciudadanos, carentes de oportunidades, engrosaron las filas de la delincuencia y la prostitución. [...] la mayoría de sus habitantes vivían en calles sucias e inundadas por la

falta de vivienda, agua potable y alimentos. Todo ello generó graves problemas de salud y se reflejó en índices de mortalidad muy elevados. (Escalante *et al*, 2008, p. 378).

Se desata la Revolución, un movimiento armado impulsado por el caudillismo rural y popular desde diferentes puntos del territorio nacional, pero la ocupación de la Ciudad de México significaba posesionarse de la toma de decisiones que dirigirán a gran parte de la economía del país, pues en ella existían zonas fabriles, señal de fortaleza militar y política, aunque también “su control obligaba a responsabilizarse de la alimentación, la seguridad y la salud de la mayor concentración del país.” (Garcíadiego, citado en Escalante 2008, p. 446)

Durante las primeras décadas del siglo XX, la lucha por el poder se escenificaba desde las trincheras de las, recientemente creadas, facciones políticas con la participación del sindicalismo y del campesinado mexicano quienes contaban con su principal representación en el centro del país. La Ciudad de México vio un incremento notable en su población, pues se elevó a seis millones de habitantes mientras se desarrollaba un proceso de urbanización en la mitad del siglo XX:

El agua potable llevada a la Capital desde el Alto Lerma, vialidades como viaducto Miguel Alemán y el Periférico; el Metro y el drenaje profundo iniciados en la década de 1960 hicieron posible semejante crecimiento. El negocio inmobiliario y de la construcción atrajo el interés de empresarios y políticos por igual.” (Aboites citado en Escalante 2008, p. 493).

En el último tercio del siglo XX, los escenarios de lucha se trasladaron a las calles de la Ciudad de México mediante constantes manifestaciones populares por las justas sociales, la libertad de expresión y demás demandas por los derechos que desafiaban al autoritarismo; mientras que las juntas distritales y los Plenos de los congresos, local y federal junto a los medios de comunicación, eran simples extensiones del presidencialismo, lo que hacía que los reflectores internacionales, tanto públicos como privados, se dirigieran siempre al centro del país, por seguir representando un espacio donde se concentran las decisiones institucionalizadas para el desarrollo económico-político del país y que, por consecuencia tienen la obligación de permear en el ejercicio de las diferentes esferas a lo largo y ancho del territorio nacional.

Durante el primer cuarto del presente siglo, la Ciudad de México es el escenario de una lucha social por el reconocimiento de las nuevas estructuras sociales y familiares. Desde el centro del país se han dado diversas manifestaciones que expresan una incesante disputa por la abolición del pensamiento racista, xenófobo y de violencia de género; así como, un enfrentamiento del sector femenino en contra del dominio de la cultura impuesta por el patriarcado. Las calles y avenidas capitalinas son la válvula de salida de las expresiones de rechazo hacia las actitudes discriminatorias que dejan fuera de las actividades cotidianas a los que piensan diferente.

Entonces es dable aseverar que la Ciudad de México es el referente que, por su posición geográfica y por ser el espacio que concentra las actividades nacionales político-sociales y culturales, se debe considerar como el ente capaz de proponer y llevar a cabo las soluciones a las emergentes vicisitudes nacionales.

4.1.2 Destino y paso de los movimientos migratorios

El descontrol de uno de los fenómenos sociales, como lo es el de la migración nacional e internacional, está centrado en la capital del país debido a que la administración principal de las diferentes instituciones de gobierno que intervienen en dicho ámbito, también se encuentra centralizada en la entidad capitalina.

Desde diferentes puntos de América Latina se desplazan ríos de personas en busca de óptimas condiciones de vida; y al igual que ellos, personas desde diferentes puntos del territorio nacional se desplazan hacia la Capital mexicana con el afán de encontrar mejores oportunidades de desarrollo, seres humanos que renuncian a sus tierras y propiedades obligados por la violencia y la pobreza provocada por la imposición de las economías mundiales.

En ambos grupos, los factores que influyen para el abandono de sus orígenes o lugares de residencia suelen ser las condiciones socio-económicas, de inseguridad, violencia, razones políticas o por la reunificación de la familia. Para algunos grupos de migrantes, la Ciudad de México representa sólo una parada obligada para reponer el aliento y seguir en la búsqueda del objetivo norteamericano; y para otros, es el destino u objetivo final que se planteó desde el inicio de su travesía migratoria para su supervivencia.

Según datos proporcionados por David Navarrete (2015, p. 124), durante la segunda mitad del siglo XX, la llamada hegemonía del entonces Distrito Federal, atrajo la llegada de la migración rural, incrementando la población en un 4.69 % al año, población rural en su mayoría que era atraída por la sola posibilidad de subsistir; en los últimos cinco años los países que más aportan al movimiento migratorio en México es Estados Unidos de América, Venezuela y Colombia, naciones con sus respectivas particularidades en relación a sus propias causas.

Las Entidades de la República Mexicana también aportan a los índices de migración interna; la siguiente tabla representa porcentajes del total de los migrantes de las principales entidades en migración interna a la Ciudad de México:

ESTADO DE MÉXICO	47.5 %
VERACRUZ	6.78%
PUEBLA	6.41%

Fuente: DATAMEXICO. Consultada el 11 de agosto de 2024, en: <https://www.economia.gob.mx>

Otro dato que puede ilustrar el movimiento migratorio al centro del país, es una encuesta realizada durante el primer trimestre del 2024 y publicada por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), en el que se determinó que las personas migrantes llegan a estar en territorio mexicano hasta 61 días en promedio, mientras que la Secretaría de Gobernación estimó que la Ciudad de México representa el segundo lugar en entradas nacionales y de extranjeros, sólo después de Quintana Roo.

La trascendencia de la Ciudad de México en el fenómeno migratorio a nivel nacional se puede estimar en que, la misma Secretaría de Gobernación ha determinado en fechas recientes, que las oficinas de la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR), tengan su sede en la alcaldía Iztapalapa de la Ciudad de México con el objetivo de mejorar los niveles de eficiencia, puesto que, en el anterior domicilio ya se encontraba rebasada la capacidad de espacio debido a la alta demanda para la atención de los asuntos relacionados a las personas en situación migratoria irregular;⁸⁶ estas acciones

⁸⁶ Hernández, L. (6 de agosto de 2024). Tras más de 10 semanas cerrada, reabren oficina de Comar en CDMX. *La Jornada*. Año 40, número14389.

se traducen nuevamente en que la Capital del país es la entidad federativa en la que converge un mayor número de migrantes, nacionales y extranjeros.

Durante el tiempo de su estadía en la Capital, pueden llegar a participar en las actividades económicas de las que pueden sacar un provecho para saldar sus necesidades de sobrevivencia; además de que, por ser sede de los Poderes de la Unión, representa una especie de oficialía nacional de partes en la que se da cuenta y se corre traslado a las instancias correspondientes de las demandas, inconformidades, iniciativas y demás inquietudes de los interesados para su respectiva tramitación, situación que es aprovechada por las personas migrantes para interponer sus legítimas exigencias, como la de garantizar sus derechos humanos y dignificar su estancia o paso por la Ciudad de México.

4.1.3 Desarrollo económico

La economía⁸⁷ mundial tiende a expandirse con algunas diferencias que resaltan debido a las regiones o países, entonces es indudable que el desarrollo económico de cualquier estado o país depende de un carácter multifactorial, interno y externo. Las actividades económicas de cada país se ven influenciadas por las de otras regiones o países, al dinamismo en el consumo de servicios, al comercio interno y externo, a las condiciones salariales, y a un sinfín de escenarios que puede favorecer o desacelerar la economía de un país.

⁸⁷ El Diccionario Expansión define Economía como la “ciencia social que estudia cómo utilizar de forma eficaz los recursos escasos para satisfacer las necesidades alternativas ilimitadas. Estudia las relaciones que tiene que ver con los procesos de intercambio, producción, distribución y consumo de bienes y servicios, entendidos como medios de satisfacción de las necesidades humanas y resultado individual y colectivo de la sociedad.” En: <https://expansión.com/diccionario.html>

Al respecto, la Secretaría de Desarrollo Económico dependiente del Gobierno de la Ciudad de México, reportó un crecimiento económico durante el segundo trimestre de 2023 del 4.1 %, esta cifra es el resultado, según la dependencia, del impulso de las actividades secundarias⁸⁸ y terciarias,⁸⁹ además de los servicios al consumidor final, circunstancias que la hace la entidad más competitiva del país.

Además, en un comunicado de prensa del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI, 774/23 7-dic-23, p. 6) se informa que durante el año 2022 el país generó un Valor Agregado Bruto⁹⁰ (VAB) de 17,085,546 millones de pesos corrientes en las llamadas actividades terciarias, rubro en el que la Ciudad de México participó con el 21.1 % del total.

Por último, en junio del 2024 la Ciudad de México se ubicó como la primera entidad generadora de empleos con cerca de 3 millones 508 mil cotizando el mejor salario con 729 pesos diarios, según lo informó José Luis Rodríguez titular de la Secretaría del Trabajo y Fomento al Empleo dependiente del Gobierno de la Ciudad de México.(Gómez, agosto-2024).

Con todo lo relacionado, se puede aseverar que la Ciudad de México, posee una importante influencia en el desarrollo económico del país; no obstante, como en cualquier

⁸⁸ Estas se conforman por la minería, generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica, Suministro de agua y de gas natural por ductos al consumidor final, Construcción, Industrias manufactureras.(INEGI, comunicado de prensa 774/23, p. 4).

⁸⁹ Incluye: Comercio; Transportes, correos, y almacenamiento; Información en medios masivos; Servicios financieros y de seguros; Servicios inmobiliarios y de alquiler de bienes muebles e intangibles; Servicios profesionales, científicos y técnicos; Corporativos; Servicios de apoyo a los negocios y manejo de residuos, y servicios de remediación; Servicios educativos; Servicios de salud y de asistencia social; Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos, y otros servicios recreativos; Servicios de alojamiento temporal y de preparación de alimentos y bebidas. (INEGI, comunicado de prensa 774/23, 2023, p.6)

⁹⁰ Conocido por sus siglas VAB, es una magnitud macroeconómica que mide el valor total creado por un sector, país o región. Esto es, el valor del conjunto de bienes y servicios que se producen en un país durante un periodo de tiempo, descontando los impuestos indirectos. (economipedia agosto- 2020. En: <https://economipedia.com/definiciones/valor-agregadobruto-vab.html>

Entidad Federativa, las circunstancias extranjeras y nacionales no le son ajenas, pues estos contextos llegan a influir en el desarrollo de los efectos, positivos o negativos, que pueden recaer sobre la población.

a) Comercio

El comercio ha estado presente desde las sociedades más antiguas, hasta su vigente composición dada la actual conjunción de los complejos sistemas que lo forman y que le dan su actual carácter global.

Entre los siglos XI y XIV, el comercio crece y acentúa las diferencias de clase y es en esta etapa de la historia occidental en la que se considera que se dan las bases de un capitalismo incipiente; y, al final de la Edad Media, como resultado de las Cruzadas, se expresan los primeros indicios de la industria; en la Edad Moderna, el comercio era una actividad que privilegiaba a unos mediante el sometimiento de los más débiles.

Con la entrada del pensamiento liberal se promulga que “cada hombre debe ser libre y buscar su propio interés y el bien social resultará de aquella libertad puesta en juego” (Buen de, L. 1986, p. 57), además se decía que, el precio de la fuerza de trabajo del pobre sube o baja según la oferta y la demanda, algo parecido a los actuales sistemas económicos. El marxismo propone proscribir la propiedad burguesa de los medios de producción y propone al Estado, representante del proletariado, como el patrón de los medios de producción.

En la primera mitad del siglo XX, el mundo se vio aterrorizado por dos Guerras Mundiales, hechos que dividieron al planeta en tres grupos: los socialistas, los capitalistas y los del tercer mundo llamados subdesarrollados quienes buscan caminos que los lleve al encuentro de un desarrollo económico propio, y entre éstas entidades se

encuentra México que, influenciado por el pensamiento liberal, establece como uno de los principales postulados liberales la autonomía de la voluntad en el Código Civil de 1870.

El comercio nacional contenía tendencias socialistas con correspondencia a un capitalismo subdesarrollado, el Estado controla los precios con el ánimo de proteger a las clases económicamente más débiles, con subsidios a la industria para eliminar la competencia extranjera y prohibiendo la importación de productos que pueden ser elaborados internamente. Así, a finales del siglo pasado, la economía mexicana como productora sólo de materias primas, quedó sometida a las grandes economías capitalistas de otros países. De Buen Lozano sigue afirmando que la economía capitalista continúa con la influencia de las normas liberales, mientras que el Estado interviene cada vez más en la esfera de los particulares limitando el campo de su voluntad.

A finales del siglo pasado y debido al proceso de desindustrialización en el centro del país por los altos índices de contaminación y a la entrada del libre mercado, los capitalinos engrosaron las filas del desempleo, pero eso no bastaba para limitarlos en su necesidad por sobrevivir, pues recurrieron a la actividad del comercio informal dando como resultado su diversificación.

En el ámbito del comercio formal, en la Capital de la República Mexicana, las unidades económicas en el 2019⁹¹ se desarrolló de la siguiente manera:

⁹¹ Unidades económicas según sector económico, 2019. En: <localhost:3300/es/profile/geo/ciudad-de-mexico-cx?redirect=true&timeNetTradeSelector=Year>

- Comercio al por menor en un 45.8%
- Otros Servicios Excepto Actividades Gubernamentales, 14.5%
- Servicios de Alojamiento Temporal y de Preparación de alimentos, 13.1 %
- Industria Manufacturera, 7.57 %
- Servicios de Salud, 4.71 %
- Comercio al por Mayor, 3.79 %
- Servicios Profesionales, Científicos y Técnicos, 3.15%
- Servicios de Apoyo a los negocios y Manejo de Residuos y Servicios de Remediación, 1.89 %
- Servicios Inmobiliarios y de Alquiler de Bienes, 1.33 %

Esta información nos revela la importancia del impacto que la actividad comercial de la Ciudad de México representa a nivel nacional, llevándonos a la conclusión de que esta entidad es uno de los ejes indispensables para el desarrollo de la nación.

b) Industria

La ubicación geográfica de la Ciudad representa un factor importante en los mercados de consumo nacional que consolidó el establecimiento de la industria a la entrada de ésta. Entre los años cincuenta y ochenta del siglo pasado, la Capital del país representó el principal centro industrial del país, pues llegó a tener una participación del “49.9 % en el PIB nacional y contribuía con el mismo porcentaje en el total de las actividades industriales del país” (Garza citado en Navarrete, 2015, p. 124), ya con la entrada de una economía basada en el libre mercado, y debido a los altos índices de

contaminación a finales de la década de los ochenta, la actividad industrial en la Capital se vio frenada.

Actualmente, y después de haber pasado por variaciones que afectaron su desempeño, según datos publicados el 17 de mayo del 2024 por el Centro de Estudios de las Finanzas Públicas, dependiente de la Cámara de Diputados, la actividad industrial en México registró 1.6 por ciento durante el primer bimestre del 2024, es decir, un descenso respecto al mismo periodo del 2023 cuando registró 3.1 por ciento.

En contraste, según datos proporcionados por el INEGI (diciembre-2023), durante el 2022 la Ciudad de México participó con 4.3 billones de pesos colocándose como la principal entidad en aportaciones al PIB⁹² nacional por encima de ciudades como Nuevo León, Jalisco y demás entidades federativas de relevancia industrial.

Según un reporte publicado por la Secretaría de Desarrollo Económico dependiente del Gobierno de la Ciudad de México, en los últimos 21 años la Capital ha sido la más competitiva y como ejemplo de ello se puede citar, un crecimiento en el número de las Unidades Económicas de 470,367 a 474,323, de las que resaltan entre otras actividades, la Industria de la Construcción en la que se crearon 166 unidades económicas, mientras que, en la Industria manufacturera se crearon 312 nuevas entidades económicas.⁹³

c) Turismo

⁹² PIB. Es la suma del valor (en dinero) de todos los bienes y servicios de uso final que genera un país o entidad federativa durante un periodo (comúnmente un año o trimestre). Se dice que la economía de un país crece cuando su PIB aumenta de un periodo a otro. En: <https://cuentame.inegi.org.mx>

⁹³ Para más información, se puede consultar los *Resultados generales del Índice de Competitividad Estatal 2023*, publicados en la página de la Secretaría de Desarrollo Económico del Gobierno de la Ciudad de México.

Es una de las actividades económicas a la que más se le impulsa mediante los mecanismos estatales y los de la iniciativa privada, pues representa una importante fuente de empleo para miles de personas, pues de ella se desprenden significantes números que incrementan la entrada de capital al país, que atrae inversionistas, que transforma la infraestructura de cualquier región, además legitima símbolos y mitifica ciudades y monumentos, engrandece la historicidad de personajes; y al mismo tiempo, globaliza la economía, imperializa a los entes de comercio y comercializa las actividades de las poblaciones y ciudades.

En un Boletín emitido en el mes de abril del 2024 por la Secretaría de Turismo de la Ciudad de México, se reportó que esta actividad venida del ocio representó 343,106 empleos formales; mientras que, como dato preliminar, su participación en el PIB nacional durante el 2022, es del 8.5 %, lo que representa una diferencia de casi dos puntos porcentuales más que en el 2020 que, por motivos de la pandemia, llegó a caer el PIB en sector turístico hasta el 6.8 %.

Otro aspecto del tema en cuestión, es que la visita de turistas al centro del país obliga a la modernización y modificación de la infraestructura de los lugares turísticos así como de las vías de comunicación para hacerlos de fácil acceso, estructurando de esta manera una especie de red en el que los destinos turísticos se ven asociados y conectados de tal manera que el visitante perciba una cercanía entre los objetivos turísticos; así, las condiciones en las que se mantenga la accesibilidad a los servicios de turismo, repercute directamente en el flujo de viajeros expandiéndose el mismo sistema a otros puntos de interés.

No obstante, cabe preguntarse sobre las consecuencias que se pueden producir de la expansión de la red de servicios turísticos en la Ciudad de México, pues entran

varias hipótesis en las que se pueden ver reflejados sus efectos negativos; ya que, lamentablemente detrás de esta actividad se pueden desarrollar focos de infección social que aumentan los índices de delincuencia; además de la posibilidad de que se acentúe aún más una polarización territorial en la ya de por sí fragmentada Ciudad de México.

4.1.4 La sociedad capitalina

Como se ha apuntado anteriormente, la población del centro del país es multirracial y tiende a incrementarse y al mismo tiempo a diversificarse, y esto es debido a la centralización de las actividades económicas, políticas y culturales que convergen en la Capital. Y como era de esperarse, al existir una política centralizada se acelera el proceso de urbanización y la densidad poblacional aumenta en cuanto al número de habitantes vaya también en aumento en un sólo espacio o territorio,⁹⁴ así las demandas por la satisfacción de las necesidades primarias van también en crecimiento.

Tales aspectos se vieron reflejados a finales del siglo XX, época en la que varios organismos internacionales, como la ONU y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), consideraron a la Ciudad de México como la aglomeración más grande del mundo con una población que llegó, en el 2000, hasta los 19 millones de habitantes. (Navarrete 2015, p. 122).

La idiosincrasia mexicana se encuentra en constante transformación y a la vez en sumas contradicciones, las expresiones por las demandas de un espacio y por el respeto a las ideas van tomando cada vez más fuerza frente a la intolerancia, la sociedad del

⁹⁴ Según datos proporcionados por el INEGI en el censo poblacional del 2020, la Ciudad de México se encuentra en el primer lugar a nivel nacional en densidad de población con un estimado de 6.163 personas por km².

centro del país se moviliza todos los días hacia un reconocimiento de una transformación socio-estructural que permita la apertura de posibilidades que la sociedad exige para formar una familia.

a) Diversidad social

Uno de los tantos efectos que surgen a partir de la praxis que se lleva a cabo en una sociedad, son las constantes polémicas en cuanto que la misma praxis es inundada por las nuevas y constantes interrogantes, inquietudes e intentos reflexivos que nacen de la mente de cada individuo; debido a ello, se llegan a determinar reglas de tolerancia —más no de aceptación— que al mismo tiempo produce la diversificación de los pensamientos en oposición con otros.

Como resultado de esos procesos sociales, una sociedad como la capitalina se compone de diversos sectores sociales, que por cierto, no es extraño que se encuentren continuamente en estado de contradicción ente ellos, y esto es debido a que los parámetros sociales, bordados por el tradicionalismo, que se emplean para explicar las conductas y las continuas exigencias sociales no son suficientes para abordar una simple y llana aceptación a los difíciles y complejos temas de la satisfacción de los intereses y de las necesidades humanas a través de nuevas rutas.

Los cambios de pensamiento social representan un bucle compuesto de causas y efectos que tienen la capacidad de determinar una sectorización en los habitantes de cualquier urbe. Las políticas de desarrollo instituidas por los gobiernos en turno, llegan a

influir en un índice que representa la creación de oportunidades de desarrollo de las diferentes esferas personales, y a su vez en la toma de decisiones de cada habitante.

Para la sociedad capitalina, como para cualquier otra ciudad, estos mecanismos definen la sectorización de su población, como la que ya se presenta en la existente división política y territorial de la Ciudad de México. También existe la diversificación de las actividades que determinan la mencionada sectorización como la educativa, laboral, origen étnico, entre otras, y que desarrollan en paralelo, las políticas de gobierno que tienden a intervenir en el desarrollo personal de cada habitante de la Capital, pues en la actualidad las características de cada grupo poblacional requieren de una atención específica por parte del Estado.

Por mencionar algunos grupos, según la Encuesta Nacional sobre Diversidad Sexual y de Género, la comunidad LGBT+ cuenta con un estimado de 5.1% a nivel nacional, lo que representa que 1 de cada 20 personas se autoconoce como parte de la comunidad mencionada; mientras que en la Ciudad de México, 1 de cada 25 personas se reconoce como población LGBT+ (311 mil personas, 4.0% del total de la población capitalina).⁹⁵

Otros índices que aporta la página DATAMEXICO⁹⁶ y que ilustran las características de la población de la Ciudad de México, es el de analfabetismo en su población, que muestra que el 1.42 % de la población capitalina aún se encuentra en esta condición,

⁹⁵ Datos proporcionados por el INEGI mediante el Proyecto ENDISEG, encuesta realizada en el 2021 y publicada el 27 de octubre del 2022, con la dirección de la Dra. Julieta Brambila, Directora General de Comunicación, Servicio Público de Información y Relaciones Institucionales de INEGI. En: <https://www.inegi.org.mx>

⁹⁶ Información obtenida de la página del Gobierno Federal consultada el 10 de agosto del 2024, en: <https://www.economia.gob.mx>

dejando ver que el 31.3 de esta cifra son hombres mientras que el 68.7 son mujeres; es decir, las mujeres son más del doble de los hombres con analfabetismo, y esta condición es un efecto provocado por la cultura impuesta por el patriarcado, con lo que se demuestra que en la Ciudad de México existe un riesgo fundado en el que las mujeres en oscuridad educativa, están en peligro de acceder a convenios maliciosos que podrían causarles agravio a su dignidad.

La misma fuente obtenida de la página del Gobierno Federal (DATAMEXICO, 2024), indica que en la pobreza extrema se encuentra el 4.73 % y en pobreza moderada el 29.5 %; el 1.54 % de la población capitalina habla una lengua indígena principalmente el náhuatl, el otomí y el mazateco; además, las principales carencias registradas en la encuesta del 2020 realizada por el mismo organismo, son el acceso a la seguridad social, a los servicios de salud y a la alimentación.

b) Diversidad familiar

Se dice que la familia representa la institución más antigua de la humanidad, es el escudo humano y de contención que protege a cada uno de sus integrantes, construye al ser humano como ente social, núcleo que representa el vehículo de supervivencia y de transmisión cultural.

A decir de Alma Arámbula Reyes (2008, pp. 20-21) en la Roma antigua se consideraba al nacimiento como la forma normal de ser parte de la estructura familiar; y otra, es la que se realizaba mediante la adopción y es entonces que, afirma Arámbula, el nexo biológico no fue ni ha sido el vínculo ideal en la relación paterno-filial.

Aunque existan opiniones que apelan a que el matrimonio sea el único medio moral para fundar una familia,⁹⁷ hoy se puede ver una diversificación del concepto de *familia* en la sociedad, pues la idea de que la misma se debe componer a partir del matrimonio complementado por los hijos resulta actualmente obsoleta. El modelo actual de *familia*, tras el cumplimiento de las demandas sociales, se concibe de distinta forma, y esto ha sido sin que se abandone su objetivo institucional de brindar la requerida estabilidad social, por ello surgen interrogantes en relación a que si las nuevas formas de estructurarla cumplen con el mencionado objetivo social e intrínseco en cada uno de los integrantes de ella, como lo puede ser el desarrollo óptimo de la personalidad de los hijos o hijas, situación que ya se ha debatido en múltiples ocasiones con resultados que favorecen el libre desarrollo en los diversos modelos de familia.⁹⁸

Estas nuevas concepciones de familia han permeado en gran parte del orbe, y en México no es la excepción, en sus treinta y dos entidades federativas se van consumiendo las prerrogativas de los modelos tradicionales, pues como ejemplo y según los datos que arrojó el censo 2020, presentados por Treviño Fernández y Sosa Pastrana (en Treviño & Ibarra 2022, p. 172), en nuestro país existen más de 350,000 parejas del mismo sexo y casi la mitad de ellas asumen el cuidado y crianza de niños, 58% de esas parejas lo hacen dentro del matrimonio, y de los que contrajeron nupcias sólo se reportaron 805 divorcios durante el 2020.

⁹⁷ Rubio & Treviño, (en Treviño & Ibarra 2022, p. 53), citan que el matrimonio tienen su origen dentro del ámbito canónico.

⁹⁸ En relación al tema, Granados (citado en Díaz & Neri 2015, p. 104), afirma que en “familias homosexuales no hubo diferencia en el desarrollo afectivo, ni en la identidad sexual de los menores, con respecto a las parejas heterosexuales.”; y por su parte, Paterson y Redding (citado en Díaz & Neri 2015, p. 104), confirman “que las madres lesbianas y los padres homosexuales pueden ofrecer un hogar a los niños tan positivo como los padres heterosexuales.”

En el caso de la Ciudad de México, la Estadística de Divorcios 2022 (INEGI) reportó una tasa de 42.9 divorcios; mientras que de las familias se reportan que el 39.8 % son las mujeres las jefas de hogar y el 60.2 % los hombres son los jefes de hogar.

Entonces, independientemente de las familias formadas por la pareja heterosexual, se está llevando a cabo un difícil proceso de normalización de las nuevas estructuras formadas por parejas de homosexuales con hijos o sin ellos, por padres o madres solteras con hijos, por personas divorciadas, en concubinato, en unión libre, por las llamadas familias ensambladas formadas por dos personas divorciadas, por personas viudas, entre otras.

La diversidad de las estructuras de la familia es cada vez mayor, y siguiendo a Treviño e Ibarra (2022, p. 39), lo que hace falta son nuevas construcciones jurisprudenciales que sean acompañadas de la doctrina necesaria para el establecimiento de principios propios al derecho de familia, más sólidos dada la variedad de los modelos actuales de familia.

Luego entonces y después de este breve panorama, es necesario que se establezcan en las diferentes legislaciones, en cualquier materia, la protección a las personas en condiciones de vulnerabilidad que evite el abuso en ellas por sus posición económica, social y cultural.

4.2 El contrato de Prestación de Servicios como Instrumento para la práctica de la Gestación Subrogada

Después de haber subrayado que la fuerte influencia que posee la Ciudad de México en la vida nacional es motivo más que suficiente para que se plantee la necesidad de que se puntualicen las prerrogativas que debe tener el contrato de prestación de servicios para la práctica de la Gestación Subrogada en la Capital con el objeto de que se establezca, de manera *sui generis* y de acuerdo a que todas las circunstancias que lo rodean son de particular observancia, en todas sus vertientes los postulados de derecho que tiene correspondencia en dicha práctica.

4.2.1 El Contrato

El Código Civil para el Distrito Federal define al *Contrato*, en su artículo 1793, como el *convenio que produce o transfiere las obligaciones y derechos*, en el que se requiere, invariablemente y de manera cierta, de elementos para su *existencia*⁹⁹ y *validez*,¹⁰⁰ así como de los aspectos esenciales de *capacidad*¹⁰¹ y de una ausencia de vicios en el *consentimiento*¹⁰² por parte de las personas contratantes, ya que sin éstos el referido acto jurídico no produce efecto alguno.

⁹⁹ CCDF, Art. 1794. Para la existencia del contrato se requiere: I. Consentimiento; y que, II. Objeto que pueda ser materia del contrato.

¹⁰⁰ CCDF, Art. 1795. El contrato puede ser invalidado: I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas; II. Por vicios del consentimiento; III. Por su objeto, o su motivo o fin sea ilícito; y, IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.

¹⁰¹ CCDF, Art. 1798. Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley.

¹⁰² CCDF, Art. 1803. El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlos, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.

Se debe entender, como lo explica Orrego Acuña (2015), que “el campo de acción de los contratos no se restringe al aspecto patrimonial, a los bienes, sino que también abarca a las personas”, de ahí que existe una variedad de contratos de acuerdo a su *objeto*¹⁰³ o *fin*,¹⁰⁴ sin embargo, no es la intención estacionarnos en demasía en cuestiones generales sobre la Teoría del Contrato, pero sí será necesario ponerlo sobre la mesa; puesto que, dadas las particularidades del pretendido contrato de gestación subrogada, es la indispensabilidad que cada elemento o parte de la estructura del mismo se vaya diseminando en la relación que se tiene entre el acto jurídico contractual con la práctica de la Gestación Subrogada.

En principio, y desde una perspectiva que enfatiza la indispensabilidad de una nueva discusión en relación a la ponderación de la apertura del marco normativo ya establecido en materia contractual, es importante subrayar que los dispositivos de derecho necesarios para establecer el contrato de prestación de servicios de gestación subrogada no existen, luego entonces, partimos del hecho que el presente objeto de estudio es un contrato *atípico* puesto que no se encuentra aún regulado, sino en un estado de transitoriedad hacía su legislación,¹⁰⁵ por lo que hasta ahora el contrato en referencia, se ha dado por establecido mediante un acto jurídico que se basa en el principio de la autonomía de la voluntad entre las partes y en la libertad contractual.

¹⁰³ CCDF, Art. 1824.- Son objeto de los contratos: I.- La cosa que el obligado debe dar; y, II.- El hecho que el obligado debe hacer o no hacer.

¹⁰⁴ CCDF, Art. 1831.- El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres.

¹⁰⁵ CHULIÁ, (citado en Zuloaga, 2002, p. 88), caracteriza a los *Contratos Atípicos* como aquellos que no están definidos por la legislación positiva pero que son reconocidos por la realidad social; y, que si bien no son reconocidos plenamente, su existencia puede derivarse de leyes secundarias.

Así, el Contrato concerniente a la Gestación Subrogada es *bilateral* (CCDF, art. 1836), y en casos excepcionales podrá ser trilateral dada la posibilidad de los sujetos intervinientes, puesto que ambas partes están obligadas recíprocamente. Una parte lo está, pues se encuentra en un *deber hacer* consistente en prestar un servicio, como lo es el de la prestación del servicio de gestación humana por medio de su propia capacidad biológica para llevarlo a cabo; mientras que la contraparte se obliga a *dar* una contraprestación o pago de todos y cada uno de los servicios necesarios para llevar a buen puerto el embarazo.

Debe ser necesariamente de carácter *oneroso* (CCDF, art. 1837) y *conmutativo* (CCDF, art.1838); es decir, de carácter económico. La respuesta es sencilla y aunque existen opiniones en contra, en el contrato de prestación del servicio de gestación subrogada, es justo retribuirle de alguna manera una compensación económica a la mujer o persona gestante puesto que son sus capacidades humanas las que son objeto del servicio prestado, pues de negar esta circunstancia se estaría cayendo en privar de la protección jurídica a una realidad cada vez más recurrente, es decir, al negar la posibilidad de ejercer una acción legal en caso de que se incumpla alguna parte de contrato relativo al pago o adeudo de alguna contraprestación económica merecida y convenida por el servicio prestado, se deja en una incertidumbre jurídica a la mujer o persona gestante quien ha tenido que verse disminuida en el desarrollo de sus actividades cotidianas o esfera vital.

Además es *conmutativo* pues cada una de las partes puede apreciar un beneficio, como lo es el servicio de gestación para el nacimiento de un hijo o hija por una de las partes mientras que la contraparte espera una retribución económica por el servicio de

gestación prestado; no puede ser *aleatorio*, pues aunque el nacimiento de una persona es un acontecimiento incierto debido a que en el proceso se pueden presentar diversos factores que pueden contraponerse al objetivo planteado en el contrato, esta incertidumbre que plantea la segunda parte del artículo 1838 del CCDF, no es evaluable en una ganancia o pérdida al tratarse de la existencia de una vida.

En lo que respecta a la *forma*, se debe tener en cuenta que el contrato se debe observar de manera *específica*, sin embargo, habrá aspectos que no se deben minimizar como lo es la posibilidad de que la mujer o persona gestante no pueda o no sepa firmarlo; para ello dice la ley, *se imprimirá la huella digital del interesado que no firmó* (CCDF, art. 1834). En este sentido será obligatoria la asesoría y representación jurídica de la mujer o persona gestante proporcionada por alguna dependencia gubernamental¹⁰⁶ o por la intervención de un fedatario público¹⁰⁷ con el objeto de informar de las consecuencias jurídicas que pueden derivarse del contrato en cuestión traduciendo y explicando el acto jurídico de tal manera que sea entendible para la mujer o persona gestante.

a) *Objeto*.

Corresponde que para la *existencia* del contrato se requiere que el *objeto* (CCDF art. 1824, f. II) pueda ser materia del contrato. Puesto que el objeto del contrato del

¹⁰⁶ En este sentido, la intervención del Sistema Integral para el Desarrollo de la Familia (DIF) debe ser de suma importancia, pues de ella depende que el Instituto de la Defensoría Pública lleve a cabo una de sus finalidades como es la de orientación, asesoría y representación jurídica en las materias familiar, entre otras materias (CPCM, art. 51), con el objetivo de preservar el acceso a la justicia y vigilar el interés superior del menor.

¹⁰⁷ "... recordemos que una de las características del derecho notarial estriba en que la actuación notarial debe ser imparcial, esto es, garantizar a las partes que los términos del contrato cumplan una verdadera función de control contra posibles abusos" (Zuloaga 2002, p. 66).

servicio de Gestación Subrogada es una obligación de *hacer* que consiste en poner al servicio una función biológica que radica en la capacidad de un proceso de gestación de un ser humano, en este sentido, la legislación en materia civil de la Ciudad de México dispone que el objeto de un contrato *debe ser un hecho posible y lícito*; (CCDF, art. 1827, f. I y II).

Respecto a la licitud del objeto de la Gestación Subrogada, éste no contraviene a las leyes puesto que la práctica en comento no se encuentra prohibida en dispositivo alguno de la Entidad capitalina; además de que López Contreras (citado en Albornoz y Velarde 2020, p. 20) lo entiende como un contrato lícito pues se trata de un hecho social de particulares circunstancias.

Por otra parte, está por demás exponer que el *objeto* de este contrato cumple con ser un hecho posible pues la propia condición biológica otorgada al ser humano le proporciona la capacidad de gestación de otro ser humano y que además, no se pone en contradicción con las leyes de la naturaleza, la cuestión que se plantea en ciertos sectores de la sociedad en relación a que el hijo o hija producto resultado de la citada gestación, deba ser o no de la mujer o persona gestante, cae el terreno de los prejuicios sociales.

Al respecto, Pacheco y otros (jul-dic, 2020, p. 147) responden que el objeto del contrato no puede ser el hijo o hija producto de la gestación subrogada pues de ser así “supondría tomar a un ser humano por nacer como un bien de libre disposición de su dueño”, ni lo puede ser alguna parte del cuerpo de la mujer o persona gestante pues en “Ambos casos, evidentemente ilícitos, no comportan la virtualidad para recordar el objeto del contrato.”

Siguiendo con los postulados de los mismos autores, Pacheco y otros citando a Emilio José Aguilar, proponen que la licitud del objeto se basa en que en la práctica:

se promueven intereses constitucionales como la solidaridad, la autonomía, el pluralismo, la tolerancia y la realización individual como elemento de la dignidad humana para quien percibe así el hecho de ser padre o para quien participa de ese propósito disponiendo de su fuerza biológica de gestación.”

b) Capacidad

Esta condición de los sujetos de derecho se observa desde dos vertientes; la primera se resuelve desde el artículo segundo del CCDF en el que se prescribe a la capacidad desde una perspectiva jurídica:

ARTICULO 2º.- La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer. A ninguna persona por razón de edad, sexo, embarazo, estado civil, raza, idioma, religión, ideología, orientación sexual, identidad de género, expresión de rol de género, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, carácter físico, discapacidad o estado de salud, se le podrán negar un servicio o prestación a la que tenga derecho, ni restringir el ejercicio de sus derechos cualquiera que sea la naturaleza de éstos.

En lo que interesa al presente trabajo académico, se tiene por entendido que las personas que intervengan en el contrato de gestación subrogada deben contar con la

capacidad jurídica necesaria para contratar, circunstancia que se explica de manera general como *capacidad de ejercicio* expresada en los artículos 23 y 24 (CCDF) como parte fundamental del contrato; mientras que de manera interpretativa, de acuerdo al artículo 1798 (CCDF) se dispone que *son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley*; es decir, que las personas exceptuadas por la ley son aquellas que se mencionan en el numeral 23 del mismo Código Civil.

En una segunda interpretación de la *capacidad* en las personas interesadas en el contrato, se debe distinguir de la primera mención, la que se refiere a la debida capacidad física y mental en la mujer o persona gestante para llevar a cabo un proceso de gestación, aptitudes que se deben adoptar como requisitos, adicionales a los ya establecidos en la ley, e indispensables desde antes de contraer las correspondientes obligaciones contractuales, requisitos de carácter obligatorio con el propósito de que durante todo el proceso de gestación se observe las condiciones necesarias de salud a fin de brindar una mayor protección al hijo o hija, producto del proceso de la gestación subrogada.

Además, existen diversas condiciones que se deben observar en la mujer o persona gestante como la edad reproductiva,¹⁰⁸ el estado psíquico, el entorno social, las condiciones económicas, etcétera, todas ellas con un sólo propósito: la mayor protección a la salud de las mujeres o personas con capacidad reproductiva, así como la de salvaguardar el interés superior del menor.

¹⁰⁸ Como ejemplo la Primera Sala de nuestro Máximo Tribunal determinó que el hecho de que la mujer o persona gestante deba tener un rango de edad de entre veinticinco y treinta y cinco años se debe a que durante este periodo específico el riesgo es menor y garantiza el estado de bienestar de la mujer o persona gestante. (Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 14, Junio de 2022, Tomo V, p. 4658).

Sin embargo, estas no serían las únicas circunstancias de cualificación, pues se puede pactar que los padres y/o madres intencionales se obliguen a demostrar la existencia de las limitaciones que hicieron que se vieran orillados a la búsqueda de opciones, como las TRHA, para ver realizado su proyecto de vida.

En lo que respecta a los entes económicos que tiene por objeto social la prestación de servicios en materia de TRHA, éstas deberán contar con una licencia sanitaria por parte de la Secretaría de Salud de la Ciudad de México¹⁰⁹ que les autorice a brindar los servicios relativos a la reproducción asistida, con independencia de los requisitos ya establecidos para las personas morales.

Entonces, dadas las características que se plantean necesariamente *sui generis* en el contrato de prestación de servicios de gestación subrogada, es indispensable que el mismo se tenga por regulado con disposiciones propias y así abandonar el marco de los contratos innominados, pues con independencia de las normas generales, se debe considerar que el acto contractual, al ser uno de los llamados *innominados* se presta a interpretaciones ambiguas y tendenciosas de particulares que dejan de velar por la seguridad jurídica de alguna de las partes, de manera particular en relación a los derechos de la mujer o persona gestante y a los derechos de la niñez.

4.2.2. *La prestación de servicios de gestación subrogada*

¹⁰⁹ Por ello se insiste en la necesidad de que las legislaciones en materia sanitaria se adapten, como se viene explicando, de tal manera que la Secretaría de Salud tenga la facultad y obligación de controlar, vigilar, supervisar y sancionar a los establecimientos de esta naturaleza con el fin de dar certeza jurídica a los sujetos-parte del contrato de prestación de servicios gestación subrogada.

Existe un número significativo de personas que se dedican a la prestación de diversos servicios en la capital mexicana como su principal fuente de ingresos y en nuestro país, este derecho se encuentra consagrado en el artículo 5º de la Constitución Federal.

Es una realidad que en nuestro país en específico en la Capital, cada vez existen más personas que recurren de manera alterna a diferentes actividades económicas con el fin de incrementar su nivel de vida y el de su familia, por ello no es un secreto que la Gestación Subrogada se esté convirtiendo en una de las opciones a la que recurren algunas personas con el propósito de subsanar sus eventualidades familiares que resultan de la precaria estabilidad económica por la falta de oportunidades. Al respecto, Contreras López (2013) nos expone que:

la maternidad sustituta es un hecho social con características particulares y, como tal, resulta imperante el regularla con todas sus consecuencias patrimoniales morales y económicas, a fin de que no se vulnere el derecho a la vida, enmarcado en el Código Civil o familiar correspondiente. (p. 157).

Para Oscar Correas (2007), existe una obligatoriedad de pagar una suma de dinero como contraprestación a cambio del trabajo entregado, en lo que no está de acuerdo, es que se trate de la “entrega de un trabajo”, pues afirma que lo que se paga realmente es la fuerza de trabajo.

En lo que respecta a la prestación de servicios, Hegel (citado en Fromm 1961, p. 29), decía que el trabajo es un acto de autocreación humana, una actividad humana y personal, luego entonces, la prestación de un servicio resulta ser también una actividad humana que legitima un proceso que la propia persona regula mediante sus facultades, y que Erich Fromm define a ese *proceso* de la siguiente manera:

Pone en acción las fuerzas naturales que forman su corporeidad, los brazos y las piernas, la cabeza y la mano, para de ese modo asimilarse, bajo una forma útil para su propia vida, las materias que la naturaleza le brinda. Y a la par que de ese modo actúa sobre la naturaleza exterior a él y la transforma, transforma su propia naturaleza, desarrollando las potencias que dormitan en él y sometiendo el juego de sus fuerzas a su propia disciplina. (1961, p. 29)

Así, la Gestación Subrogada resulta ser una práctica que desempeña un ser humano en la que se pone de manifiesto su propia capacidad gestativa para ponerla al servicio de otras con un fin socialmente útil. Sin embargo, es conveniente subrayar que el proceso de gestación cobra diversa relevancia jurídica de acuerdo a sus diferentes momentos, por lo tanto, lo que se encuentra al servicio es solamente la capacidad gestativa de la mujer o persona gestante, no los órganos ni la entrega del menor, ni mucho menos la renta de un vientre humano ya que en estos supuestos no se da el comercio, pues de acuerdo al proceso de gestación, la mujer o persona gestante sólo alimenta al embrión o feto mientras que el proceso reproductivo realiza su propia labor.

Entonces, dado que en el contrato de gestación subrogada no se involucra un diverso contrato de compraventa o uno de renta sino uno de prestación de hacer o de no hacer, se propone que la multicitada práctica se encuentre regulada dentro del Derecho de Familia inmerso en el Código Civil para el Distrito Federal, en su Título Décimo denominado *Del Contrato de Prestación de Servicios* con su propio articulado dada su particularidad y realidad socio-jurídica, en virtud de que para ambas partes se crean obligaciones de particulares circunstancias; pues una parte se obliga a *hacer*, consistente en la gestación de un embrión por medio de su capacidad gestativa con los requisitos establecidos; mientras que la contraparte se obliga a *dar* o cubrir los gastos¹¹⁰ que se producen motivo de un embarazo y a cubrir una compensación determinada debido al servicio prestado de gestación y las limitaciones propias que el embarazo traerá a la portadora del proceso de gestación embrionaria.

Con lo anterior, estamos de acuerdo con lo expuesto por Mercedes Albornoz y Antonieta Velarde (2020) cuando cita a López Contreras concluyendo que:

el objeto del contrato de prestación de servicios de gestación, en primer lugar, no contraría las leyes de la naturaleza, y por lo mismo, es posible físicamente, y en segundo lugar, lo es también, jurídicamente, al no contrariar lo dispuesto en el Código Civil para el Distrito Federal, en la Ley General de Salud, en la Ley de Salud del Distrito Federal, y en el

¹¹⁰ Orrego Acuña (2015) propone la existencia de *elementos accidentales* dentro del contrato, y los define como aquellas cosas “*que ni esencial ni naturalmente le pertenecen al acto jurídico, pero que pueden agregarse en virtud de una cláusula especial que así lo estipule.*”, mencionando algunos ejemplos como: las modalidades, el plazo, la condición y el modo. Para Pacheco y otros (2020), en el contrato de gestación subrogada, se debe incluir la obligación por parte de los subrogantes de proveer a la mujer o persona gestante de un seguro de vida, de ropa necesaria, alimentación, además de una mensualidad, todos como parte de los llamados *elementos accidentales*.

Código Penal para el Distrito Federal, en los que al respecto, no existe prohibición jurídica alguna para la celebración de un contrato de prestación de servicios gestacional, por lo que su regulación como tal es posible física y jurídicamente, (p. 20)

En esta misma tesitura se encuentra Contreras López (2013) al acordar que el mencionado acto convencional sí es posible, pues conforme al estado actual de la legislación mexicana no es jurídicamente imposible; además de que propone, como se viene diciendo, que su denominación debe ser el de “prestación de servicios gestacionales”.

De esta manera, una parte del establecimiento del contrato de prestación de servicios de gestación subrogada se debe traducir en un ejercicio transparente en cuanto al pago por los servicios prestados, pues al pactar las partes una contraprestación cierta de forma clara se liberan de posibles actos coercibles por parte de la autoridad que pueden llegar a criminalizar a cualquiera de las partes, aunado a que al estar normado el contrato en cuestión, será posible interponer la acción correspondiente por el incumplimiento de alguna parte de su articulado; sin embargo, es imposible el establecimiento de un contrato de este tipo a través de un sólo artículo o apartado pues la materia del presente estudio se encuentra vinculado a otros temas.

4.2.3 La autonomía de la voluntad en el contrato de Prestación de Servicios de Gestación Subrogada

El dogma de la autonomía de la voluntad, se dice, se encuentra asociado a los postulados creados en el pensamiento liberal, y esto es así ya que, fue parte de los múltiples principios revolucionarios que se debatían en contra del absolutismo francés, mismo pensamiento liberal que fue impregnándose en el caso de México, pues en sus Códigos Civiles se han recogido dispositivos semejantes a los del Código Napoleónico;¹¹¹ aunque Néstor de Buen Lozano admita la existencia de ciertas dudas que estudiosos han propuesto en relación al posible parecido entre los mencionados dispositivos, es importante señalar que no es afán nuestro entrar al análisis de las mencionadas disertaciones, sino que sólo se trata de exponer el origen histórico de nuestra legislación civil.

El pensamiento liberal sigue permeando en los diversos países, incluidos en los de América Latina, prueba de ello es que en la actualidad el Máximo Tribunal de México ha definido a la Autonomía de la Voluntad como un Principio de rango constitucional¹¹², refiriéndose a ella de la siguiente manera:

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

¹¹¹ Para Borja Soriano (citado en Buen de, Lozano 2014, p. 215.) el artículo 1535 del Código de 1870 y el artículo 1419 del Código de 1884, reflejan el Principio de la Autonomía de la Voluntad, semejante al que se expresa en el artículo 1134 del Código Napoleón.

¹¹²AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. ES UN PRINCIPIO DE RANGO CONSTITUCIONAL. Décima época. Primera Sala. GSJF.L-13. Dic-2014. T-I.T-CDXXV/2014.P.219.Tesis Aislada. Reg. 2008086.

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.

En leyes secundarias, como es en el Código Civil para el Distrito Federal, este importante postulado se encuentra implícito en su articulado con ciertas limitaciones a la autonomía de la voluntad, pues en el artículo 1831 del referido ordenamiento civil, se expresa que el otorgamiento de la voluntad no debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres, lo que encuentra sustento con lo expresado por la Primera Sala de la SCJN quien ha definido que el derecho al libre desarrollo de la personalidad¹¹³ (derivado del Principio de la Autonomía de la Voluntad), encuentra límites en los derechos de los demás, y estos límites externos *autorizan al legislador a intervenir en el libre desarrollo de la personalidad, siempre que tal intervención sea idónea, y no resulte innecesaria o desproporcionada*; pronunciamiento que nos deja con cierta flexibilidad con respecto a la determinación de la voluntad de las partes en un convenio, pues la *idoneidad* y la *desproporción*, como así lo menciona el criterio anterior, resultan determinaciones ambiguas al momento de la intervención del órgano jurisdiccional en caso de polémica.

Se entiende que del Principio citado se deriva la libertad contractual o libertad para contratar y una definición simple que se puede adoptar al respecto, es la descrita en el Código Civil Argentino en su Artículo 1.197. *"Las convenciones hechas en los contratos*

¹¹³ SCJN, DERECHOS DE TERCEROS Y ORDEN PÚBLICO, CONSTITUYEN LÍMITES EXTERNOS DEL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. 1a./J. 6/2019 (10a.).GSJF L-63, febrero-2019. T-I. p.492. Reg. 2019359. En: <https://sif2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2019359>

forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma", entonces estamos ante una primigenia del derecho: *pacta sunt servanda*,¹¹⁴ que contradictoriamente también representa una limitante al Principio de la Autonomía de la Voluntad, pues como lo refiere de Buen Lozano (2014, p. 216) *"la libertad de un sujeto contratante no le permitirá dejar de cumplir un convenio legalmente celebrado, ni modificarlo o darlo por terminado unilateralmente"*, y esto es así ya que; una vez que las partes han pactado formalmente, ninguna de ellas podrá abandonar las obligaciones adquiridas, al menos que desde un inicio se haya convenido ciertas condiciones en relación al momento en que se pueda dejar atrás parte del contrato o en su totalidad, dependiendo de las posibles circunstancias que se puedan presentar durante el cumplimiento de lo pactado.

Según Orrego Acuña (2015), la autonomía de la voluntad en relación a la celebración de contratos, significa la libertad para crear derechos y obligaciones; es decir, se basta por si sola. Además de que, actúa consecuentemente sobre la *Libertad contractual*, que en la expresión del autor, la destina específicamente como una condición fundamental en el contexto de las convenciones innominadas, con la obviedad de no estar en contra de los referidos preceptos jurídicos de orden público ni a las reglas generales de los contratos.

Para Messineo (citado en Orrego 2015, p. 85) algo fundamental en el tema, es que la *"libertad contractual significa que ninguna de las partes puede imponer unilateralmente a la otra el contenido del contrato y que éste debe ser el resultado del*

¹¹⁴ *Los Pactos deben ser cumplidos* (Cisneros 2003, p. 87). Es decir que lo que estipulen las partes, expresado verbalmente o por escrito, debe ser fielmente cumplido.

libre debate entre ellas (contrato libremente discutido).”, y para el caso que nos ocupa, se pretende que el contrato de servicios de gestación subrogada deje el campo de los innominados y que éste sea observado mediante su figura jurídica propia que impida sugerencias particulares, para ello es necesario que las partes se encuentren debidamente informados de los alcances de su decisión con el objeto de que sus voluntades estén claramente definidas, informadas y alejadas de cualquier tipo de opresión o sugestión antes de la celebración del mismo.

Otra de las limitantes a la libertad contractual, es la que protege la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO, que en su numeral 5º establece el respeto a la autonomía del ser humano; sin embargo, *“esta autonomía de que se habla no incluye que el ser humano pueda disponer libremente de su persona y de su cuerpo, ya que no podría uno convertirse por decisión propia en esclavo, pues esto violaría el derecho humano a la libertad y a la dignidad.”* (Dobernig 2018, p. 288); se entiende que, ningún ser humano puede disponer libremente de su cuerpo para la venta de alguna de sus partes u órganos, por lo tanto, no puede estar sujeta a un acuerdo de voluntades.

Empero, la misma Dobernig (2018) considera que en el acuerdo de gestación subrogada, el cuerpo no se mutila ni se vende, sino que sólo hay una retribución por el tiempo que invirtió la mujer o persona gestante en cumplir el deseo de otra persona, de ésta manera, la mujer o persona gestante se constituye como un sujeto de derechos con pleno dominio de su voluntad; y en el mencionado acto jurídico fue informada y representada por un especialista en derecho para su debida asesoría antes de concretarse el citado contrato en el que se establece una prestación de servicios,

consistente en permitir el implante y gestación biológica de un embrión por una de las partes y una contraprestación por la contraparte, pues sería absurdo pensar que la mujer o persona gestante, parte más vulnerable de la relación contractual, pueda imponer sus propias condiciones ante su contraparte que resulta ser la que detenta el poder.

Esta proposición se debe ponderar con sumo cuidado al exponer a una persona gestante a un contrato de esta naturaleza, ya que no es un secreto que las mujeres o personas gestantes suelen ser aquellas en estado de vulnerabilidad que, debido a sus condiciones socio-económicas, optan por este tipo de prácticas con el fin de subsanar las necesidades económicas personales y de su familia, decisión que no debe tomarse como una conducta reprochable penalmente.

Debido a estas circunstancias se dice que la práctica de gestación en comento, es el resultado de un tipo de esclavitud moderna; sin embargo, de acuerdo a los efectos que producen las políticas económicas en la población, una sobreexplotación de personas se da en condiciones deplorables con salarios raquíticos en las que realmente se encuentra legitimada una forma de esclavitud¹¹⁵ según las mencionadas economías privadas que soslayan los derechos humanos de los trabajadores y trabajadoras, pues no es un secreto que en México existan sistemas económicos que abonan a las condiciones referidas; además también existen comunidades en las que, según sus propios sistemas normativos, a sus miembros se les exige el desempeño de labores que, si bien podrían ser vistas como actividades cotidianas y normales en su propio contexto

¹¹⁵ "La esclavitud es una institución del derecho de gentes, por la que uno, en contra de lo naturalmente establecido, se encuentra sometido al dominio ajeno". (Florentino, citado en Arámbula 2008, p. 111).

haciéndoles creer que están obligados a respetar tales normas dominantes, van en contra de la legislación en materia laboral.

El hecho de negar la posibilidad de una participación normada legalmente de la mujer o persona gestante basada en una supuesta explotación humana, viola el derecho de las mujeres a la autodeterminación, les niega la oportunidad de autodefinirse, de desarrollar su autonomía, de ejercer la voluntad de cualquier persona que pretenda dedicarse a lo que mejor le acomode sin que por ello se sientan invadidos los derechos de terceros o las normas de orden público, esto sería como limitar cualquier otro ejercicio para autodefinirse mediante su libertad de trabajo u ocupación.

En este caso, la obligación del Estado, se encuentra en su intervención para la protección de los derechos humanos por medio de una verdadera defensoría pública, de esta forma la mujer o persona gestante tendrá que ser debidamente informada sobre todos los alcances que de esta práctica se pueden derivar, con el objetivo de que se considere que la mujer o persona gestante ha dado su consentimiento libre, pleno e informado desde antes de iniciar cualquiera de los procedimientos de implantación embrionaria; de esta manera, se podrá considerar que existió una equidad entre las obligaciones adquiridas de ambas partes mediante la obligatoria intervención del Estado protegiendo a una de las partes más vulnerable del contrato de gestación subrogada.

Ahora, en un dispositivo del Código Civil vigente en la Ciudad de México, se habla de la presunción de maternidad y paternidad¹¹⁶ que se establece en relación al hijo nacido dentro del matrimonio con el que se trata de tutelar la estabilidad familiar y de

¹¹⁶ CCDF, artículo 63,- Se presume, salvo prueba en contrario, que un hijo nacido en matrimonio es hijo de los cónyuges; y, artículo 324.

proteger a los menores, en otras palabras, los hijos concebidos dentro del matrimonio son considerados como hijos, incluso si hubiere existido alguna donación de gametos para la fecundación.

En tal dispositivo se presume la paternidad así como la maternidad, pero se contrapone con la autonomía de la voluntad de una mujer o persona gestante, en caso de que ésta sea casada o se encuentre en concubinato, en un contrato de gestación subrogada; ya que el hecho de contemplar como una excepción la aportación de pruebas para demostrar que el hijo nacido dentro del matrimonio puede no ser de cualquiera de los cónyuges o concubinos, condiciona y limita la autonomía de la voluntad en el mencionado contrato, pues con el objeto de no romper con la presunción de paternidad establecida por ley, la mujer o persona gestante se verá obligada a informar a su pareja acerca de su intención de ser portadora de un embarazo que no es fruto de la relación con su pareja, hecho que vulnera el libre ejercicio de su voluntad.

Aunque no es un acto cierto e impugnabile por no haber entrado en vigor, en la Ciudad de México el legislador atento a esta parte del dispositivo civil en mención, tuvo la intención de referir en su Iniciativa de Ley que “la Mujer Gestante **informe** a la persona con la que esté unida en matrimonio o concubinato la intención de participar en la práctica médica de la Maternidad Subrogada para que manifieste lo que a su derecho convenga.”;¹¹⁷ consciente de ello, Brena Sesma (2012) aporta lo siguiente:

¹¹⁷ Artículo 18, fracción VI, párr. primero de la INICIATIVA CON PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE EXPIDE LA LEY DE MATERNIDAD SUBROGADA DE LA CIUDAD DE MÉXICO.

Una opción para evitar estos conflictos, sería reglamentar el necesario consentimiento del cónyuge al celebrar el acuerdo de subrogación, o en su defecto, proporcionarle las herramientas jurídicas que le permitieran romper la presunción de paternidad del niño que nazca, sin tener que llegar a juicio. (p. 152).

Sin embargo, lo anterior resulta ser una solución simple de *lure* sin tocar el fondo, pues se sigue invadiendo la esfera de la Autonomía de la Voluntad en relación a la voluntad procreacional de la mujer o persona gestante debido a que su voluntad está condicionada al consentimiento o visto de su cónyuge o concubino.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha hecho diversos pronunciamientos¹¹⁸ en relación al libre desarrollo de la personalidad derivada de la autonomía de la voluntad:

el libre desarrollo de la personalidad es un derecho humano personalísimo, derivado de la dignidad humana, por el cual todo individuo puede elegir en forma libre y autónoma su proyecto de vida, sin coacción ni controles injustificados, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera; y asimismo, esta Sala ha establecido que desde el punto de vista externo, el derecho le da cobertura a una genérica libertad de acción que permite realizar cualquier actividad que el individuo considere necesaria para el desarrollo de su personalidad; y desde una perspectiva interna, protege una esfera de privacidad del individuo contra

¹¹⁸ SCJN. Amparo en revisión 553/2018.

incursiones externas que permitan la capacidad para tomar ciertas decisiones a través de las cuales se ejerce la autonomía personal [...].

En consecuencia, debe considerarse que la mujer que por su libre voluntad accede a ayudar a quienes no pueden convertirse en padres biológicos de un hijo a realizar ese propósito, lo hace en ejercicio del libre desarrollo de su personalidad.

Pronunciamiento que se pone de acuerdo con lo expresado por Pacheco y otros (2020, p. 156), cuando agrega que en la autodeterminación reproductiva, se debe prohibir el sufrimiento de “tratos desiguales injustificados por razón de las decisiones reproductivas y, peor aún, que se encuentre limitada por el cónyuge, el padre, el compañero permanente o el gobierno, pues es una decisión de la mujer.”, ya que debido a los avances científicos, la mujer que da a luz ya no necesariamente es la madre biológica; por lo tanto, en los casos de gestación subrogada ya no debe presumirse la paternidad del cónyuge sobre el menor desde la disposición legal, esto es con el ánimo de llegar a una justicia pronta y expedita sin la necesidad de recurrir a instancias que sólo afectarían de dilación al proceso.

Por último, los derechos universales son aquellos que se encuentran concernidos a todas las personas sin discriminación alguna; por lo tanto todas las personas, no importando el sexo o la preferencia sexual, poseen el derecho a controlar su cuerpo a la libre elección, en este caso, al deseo de quedar embarazada, o a no quedar, así, “La decisión de convertirse en gestante o de contratar a una gestante es una evolución natural del derecho a la libertad reproductiva.” (Lamm 2013, p. 245).

En los diferentes escenarios, la autonomía de la voluntad de las mujeres o personas gestantes se manifiesta, por medio de un contrato, dando su consentimiento para que les sea implantado un cigoto o un embrión con el sólo propósito de alimentarlo hasta el término del embarazo y entregarlo, inmediatamente después de dar a luz, a los padres y/o madres quienes a su vez han manifestado su *voluntad*, llamada *procreacional*; es decir que; éstas últimas personas son las que cuentan con la firme intención de criar, cuidar y alimentar a un hijo propio, y que han expresado su libre consentimiento para contraer tales obligaciones mediante esta práctica.

De lo que se trata es que mediante un dispositivo vigente, la voluntad de la mujer o persona gestante no se vea invadida por sometimientos legales, por ello es factible proponer la modificación del CCDF en relación a la presunción de paternidad y maternidad, y que para el caso del contrato de prestación de servicios de gestación subrogada se establezca la presunción de manera específica, directa y clara y sin estar condicionada a otras interpretaciones; es decir, que la correspondiente paternidad o maternidad sea establecida desde la celebración del contrato en cuestión, sin la necesidad de recurrir al órgano jurisdiccional.

Así y sólo así, el Estado debe garantizar que no existan abusos en un país como el nuestro con tanta desigualdad y pobreza; por tal motivo, el legislador tendrá que modificar la legislación en la materia para que mediante un dispositivo específico se establezca la presunción materna y paterna en relación a los padres intencionales de manera equiparable, sólo en el caso de la prestación de servicios de gestación subrogada.

Aunque el hecho de ser madre todavía resulta ser una característica que define a la *mujer*, en la actualidad esta postura ya no tiene que depender de un rol social en específico, pues con los adelantos en la ciencia y los actuales paradigmas sociales, la maternidad debe ser el resultado de una decisión personal que deje atrás los estereotipos femeninos, y que al mismo tiempo sea consecuencia de un proceso constructivo de seres autónomos con expectativas propias sin que se anteponga su función biológica; es decir, la *reproducción* ya no debe ser sinónimo de *maternidad*.

4.2.4 *Las contraprestaciones en la gestación subrogada*

Cualquier actividad humana en la que se presuma una prestación formal de un servicio, se requiere forzosamente de una retribución, y como ya se ha insistido, en el contrato de prestación de servicios de gestación subrogada intervienen varios sujetos de derecho, entre los que se han mencionado a los entes privados con expectativas económicas quienes reciben un pago por los servicios prestados en el área de las TRHA; los comitentes o padres intencionales, que ven la realización de sus deseos; mientras que la mujer o persona gestante sólo recibe una compensación solidaria por los gastos hechos durante el periodo de embarazo sin que de la misma pueda obtener un beneficio extra como los anteriores sujetos.

Así en el citado fenómeno social, las mujeres o personas gestantes consienten en dar la prestación del servicio de gestación subrogada en dos formas: la primera consiste en que la mujer o persona gestante da su consentimiento de manera altruista, ósea que cobraría absolutamente nada por el servicio; sin embargo, creer en la posibilidad de que durante el proceso no existe alguna retribución de cualquier especie para la persona que

va hacerse responsable del cuidado y desarrollo gestacional de un hijo que no es suyo sólo por solidaridad, sería como caer en absurdas credulidades que se conjugan con una creciente realidad; además de que, estaríamos ante una explotación real del estado de necesidad.

En la segunda opción, la mujer o persona gestante recibe una retribución económica de cualquier tipo o especie a cambio de la prestación del servicio de gestación mencionado; sin embargo, la ley hasta ahora no contempla una regulación relativa al posible pago de una contraprestación, situación que se traduce en incertidumbre jurídica para la mujer o persona gestante, pues al no estar contemplado por la ley un pago obligatorio por los servicios de gestación subrogada, pone en riesgo el cumplimiento del pago.

Para ambos casos, el Congreso de la Ciudad de México no ha puesto el interés sobre la mesa de debate para que se establezca la regulación específica que contenga todas las consideraciones de ley para el acceso a la gestación subrogada, contemplando el necesario pago o retribución a la mujer o persona gestante por los servicios prestados de gestación.

Pero dejando por un momento las necesidades de las políticas de los gobiernos en turno, en relación al contenido de los contratos, se puede afirmar que todos los contratos llevan un necesario contenido patrimonial, pues de negar esta propuesta estaríamos estableciendo relaciones con un interés meramente moral, por ello Rojina Villegas (1944) expone que el Contrato actúa como “*un sistema de relación patrimonial para realizar un intercambio de valores en forma recíproca*” (p. 392).

Aunque existe en nuestro CCDF un contrato de los llamados nominados que se refiere a las Asociaciones,¹¹⁹ en los que se admite la convención de varios individuos con la característica de que no tenga un fin preponderantemente económico, para los especialistas en el tema y dado el carácter coercible del derecho, en este tipo de convenciones, de igual manera, se “exige que el objeto del contrato pueda reducirse a valores pecuniarios mediante su traducción en daños y perjuicios, ya que de otra manera quedaría fuera del comercio jurídico.” (Buen de, 2014, p. 174) con esto se demuestra que en todas las relaciones contractuales existirá un contenido económico, ya sea en la obligación principal o de manera indirecta en los casos de incumplimiento de ésta.

En el caso que nos ocupa, en el contrato de prestación de servicios de gestación subrogada, si bien es cierto se crea una obligación no patrimonial, consistente en la gestación de un ser humano mediante la capacidad biológica de la mujer o persona gestante,¹²⁰ misma que no es de una naturaleza económica, sí lo es en el momento en el que la contraparte se obliga a proporcionar el pago convenido por el servicio obtenido.

Ahora, si existiera alguna objeción en relación a la calidad económica del contrato de gestación referido, resulta oportuno señalar que en el acto jurídico en comento es exigible el pago de daños y perjuicios por alguna de las partes dado el necesario presupuesto de coacción que el derecho contiene en caso de no asistir a lo convenido.

¹¹⁹ CCDF, ARTICULO 2670.- Cuando varios individuos convienen en reunirse, de manera que no sea enteramente transitoria, para realizar un fin común que no esté prohibido por la ley y que no tenga carácter preponderantemente económico, constituyen una asociación.

¹²⁰ De la Cueva (citado en de Buen 2014, p. 269), resumiendo a Carnelutti, expone la existencia de contratos en los que la naturaleza de los mismos no es la fuente de energía, sino la energía misma, pues en el caso del arrendamiento al término del mismo se debe devolver la cosa. Para el caso que nos ocupa, podemos desprender que el objeto del contrato de prestación de servicios no es el arrendamiento de la mujer o persona gestante, ni de su vientre, sino es el servicio de gestación de un ser humano el objeto del contrato.

Luego entonces, dada la bilateralidad de las obligaciones mencionadas, no se debe preponderar alguna obligación que se considere como *principal* sobre de la otra, puesto que tan trascendental resulta ser la obligación de *hacer* como lo es la prestación del servicio citado, como también lo es la de subsanar un pago o retribuir el servicio con las contraprestaciones que se puedan sumar al carácter de equidad en la mencionada convención de gestación.

a) *La compensación por la prestación del servicio de gestación subrogada*

Para este tema, Eleonora Lamm (2013, pp. 243-244) expone diferentes posiciones feministas desde la particular forma de entender la gestación subrogada en los diversos sectores:

- El feminismo socialista promueve su rechazo en virtud de que ven la práctica como una forma de esclavitud a través de incentivos económicos, de autosacrificio que cosifica a la mujer.
- El feminismo radical considera al estar en medio de una sociedad patriarcal, la libertad de las mujeres para contratar es una ilusión por medio de la cual los varones tiene el control sobre el cuerpo de las mujeres.
- El feminismo cultural hace una distinción del convenio con gratuidad, pues lo considera como una manifestación de la disposición de la mujer al cuidado.
- El feminismo liberal propone la gestación por sustitución como una forma de afirmar la habilidad de las mujeres para contratar pues esto las empodera y las reconoce como sujetos autónomos, están en contra de la prohibición legal de la práctica y a favor de la

regulación de un contrato en el que las mujeres deben cumplir por representar seres autónomos capaces de llevar a cabo elecciones racionales, libres, consientes y responsables.

Para Lamm, la mayoría de las opiniones se encuentran a favor de la realización de la práctica; ahora, de la anterior disertación se deriva un debate en cuestión al pago de una compensación por los servicios prestados, mismos que se deben considerar de manera *sui generis* en una regulación de esta naturaleza como se ha venido insistiendo.

Como lo dicta la lógica económica, los médicos o clínicas especialistas en el tema cobran y reciben un pago por sus servicios; los juristas prestan su servicio profesional para la debida construcción del acto jurídico; las compañías de seguros reciben su correspondiente pago; los comitentes o padres y/o madres intencionales se ven beneficiados en la realización de sus deseos; y la mujer o persona gestante sólo recibirá, en el mejor de los casos, el vestido y alimentos propios del periodo de un embarazo, gastos que se reconocen fuera de la figura jurídica denominada como contraprestación, puesto que estos gastos no son obligatoriamente costeados por los padres y/o madres intencionales, pues en la mayoría de los casos son proporcionados de manera moralmente solidaria.

Es decir, todos los sujetos de derecho que intervienen en el contrato de prestación de servicios de gestación subrogada obtienen un provecho en específico, ya sea de carácter económico o en relación al producto de la gestación; y esto es así, pues de una actividad no prohibida por la ley se ven realizados dichos intereses personales, con excepción de los intereses de la mujer o persona gestante quien es la menos favorecida.

Un fenómeno social que puede representar una analogía y que puede ser un referente que abona al presente tema, es el pronunciamiento que la SCJN hizo en relación al tema de la prostitución, resolviendo que el trabajo sexual es un reflejo de autonomía y libertad, mientras que ésta sea para beneficio propio y no de otros, con independencia de los elementos subjetivos que evidencia como delito grave la trata de mujeres y la esclavitud de estas; debe considerarse esta actividad como una muestra de la libre autodeterminación:

De ahí que no todos los casos en que un tercero obtenga un beneficio de la prostitución ajena configura el delito de trata de personas, pues habrá situaciones en las que se trate de un reflejo de la organización en el trabajo sexual, como una manifestación más de que constituye una forma de trabajo y quienes lo ejercen lo hacen libre y voluntariamente, en ejercicio del derecho humano a la libertad de trabajo, reconocido en el artículo 5o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.¹²¹

En lo que nos atañe, este mismo ejercicio de libre autodeterminación que se ejerce en relación al trabajo sexual se puede ver análogamente a las múltiples circunstancias que rodean a la mujer o persona gestante para otorgar su voluntad, o no, a este tipo de práctica reproductiva pues es de observarse que son las capacidades biológicas de su propio cuerpo las que serán objeto de la prestación de un servicio; ya que, si bien resulta

¹²¹ TCC. Tesis: I.7o.P.75 P (10a.). TRATA DE PERSONAS EN SU MODALIDAD DE OBTENER UN BENEFICIO POR LA EXPLOTACIÓN DE UNA O MÁS PERSONAS MEDIANTE LA PROSTITUCIÓN Y APROVECHANDO UNA SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD. ELEMENTO QUE DIFERENCIA A ESTE DELITO DE LA ORGANIZACIÓN LIBRE Y VOLUNTARIA EN EL DESEMPEÑO DEL TRABAJO SEXUAL. GSJF. L-45, Agosto de 2017, T-IV, p. 3225. Reg. 2014859.

transcendental garantizar la seguridad de las mujeres o personas gestantes y evitar delitos tan graves como la trata de personas, esto no es motivo para obstaculizar el acceso al libre desarrollo personal de las mujeres o personas gestantes, sino que debe servir para regular el pago compensatorio por dicha prestación de servicios en la práctica de gestación subrogada.

Por lo tanto, resulta de igual manera legítimo exigir una contraprestación económica por la prestación de servicios de gestación subrogada, circunstancia que no hace que el contrato en referencia sea de carácter oneroso; pues para algunos, el contrato de gestación subrogada con carácter *oneroso* es aquel en el que la mujer o persona gestante se puede enriquecer mediante una jugosa retribución; mientras que, el contrato altruista es aquel en el que sólo se le paga a la mujer o persona gestante una compensación.

Para Eleonora Lamm (2013), existe la viabilidad de un contrato altruista asentado en una compensación, pues a su manera de ver, un acuerdo altruista evita la profesionalización de la práctica, facilita un acuerdo basado en la confianza y disminuye el turismo reproductivo; entonces el hecho de que a la mujer o persona gestante se le otorgue un pago o retribución por sus servicios, no expone el acuerdo de gestación a controversias de tipo moral o en contra del orden público. Al contrario de lo que se pueda opinar en algunos sectores, la falta de una compensación, o la falta de regulación de ésta, sí conlleva una sobreexplotación del cuerpo de la mujer o persona gestante.

La explotación de las mujeres en el acuerdo de gestación subrogada se establece desde el momento en el que se les niega el derecho a una compensación; además de que, con la clandestinidad de la práctica se les criminaliza desde que se torna como

prohibido el pago por la prestación de estos servicios bajo el discurso de que al prohibir el pago en mención se protege a las mujeres o personas gestantes.

De acuerdo a una autoridad en el ámbito, como lo es el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico,¹²² existe una diversidad de connotaciones en relación al término de *compensación* pues es conceptualizado dependiendo de la materia y circunstancias; empero, en relación a los derechos reproductivos, la *compensación* es un término inexistente; es decir, que el pago a la mujer o persona gestante no existe y esto implica la devaluación de la capacidad de gestación de las mujeres que se traduce nuevamente en la invisibilidad de sus capacidades.

En la legislación relativa a las normas civiles de la Ciudad de México, una de las formas en las que se entiende la *compensación*¹²³ económica es la que se señala en favor de uno de los cónyuges que se haya dedicado, durante un matrimonio celebrado bajo el régimen de separación de bienes, al trabajo del hogar y al cuidado de los hijos en su caso; situación que no se reproduce en el caso de una posible retribución compensatoria a la mujer o persona gestante por la prestación de sus servicios de gestación subrogada; pues si bien es cierto, en el primer caso este derecho se genera como consecuencia de un parentesco civil, en el caso de la mujer o persona gestante no cuenta con este vínculo jurídico, más ésta también se ha dedicado a procurar el cuidado de una persona que va creciendo dentro de ella, por lo tanto debe tener el derecho a una

¹²² Real Academia Española y otras instituciones hispanohablantes. (2017). *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*. 2ª ed. Editorial Calpe.

¹²³ CCDF, artículo 267, fracción VI.- En el caso de que los cónyuges hayan celebrado el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes deberá señalarse la compensación, que no podrá ser superior al 50% del valor de los bienes que hubieren adquirido, a que tendrá derecho el cónyuge que, durante el matrimonio, se haya dedicado preponderantemente al desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos. El Juez de lo Familiar resolverá atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso.

compensación económica, así como el derecho de interponer, en su caso, una acción compensatoria si así fuera necesario.

La Ciudad de México es punto medular donde convergen la mayoría de las actividades económicas del país y al mismo tiempo convergen una gran diversidad de personas migrantes de diferentes regiones del país, mismas que por cuestiones de pobreza pueden provocar involuntariamente el aumento indiscriminado de la gestación subrogada al verse obligadas a la aceptación de cualquier acuerdo con el fin de solventar las precarias condiciones en las que se ven hundidas y de las que vienen huyendo.

Razones de peso por las que se les debe exigir a los legisladores la modificación de la norma civil, de tal manera que sea articulado el pago o compensación hacia las mujeres o personas gestantes derivado de la Prestación de Servicios de Gestación Subrogada, con el fin de garantizar la protección más amplia a sus derechos humanos y de ponderar un estado de equidad entre las partes con miras a la parte más vulnerable en el contrato de referencia; de suceder lo contrario, “seguirán existiendo promesas de pago que, por ser informales, dejarían a las mujeres gestantes sin la posibilidad de presentar algún recurso legal para exigir su cumplimiento.” (Tamés 2017, p. 13).

b) El pago de alimentos

El CCDF establece como un deber el dar *alimentos*, siendo estos los que se encuentran referidos en el artículo 308,¹²⁴ mientras que su cuantificación se establece

¹²⁴ CCDF, artículo 308.- Los alimentos comprenden:

I.- La comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso, los gastos de embarazo y parto;

II.- ...

en el artículo 311 del mismo Código Civil, y surgen como una de las consecuencias jurídicas que nacen del parentesco; es decir, la obligación se establece entre cónyuges, de los padres a los hijos, de los hijos a los padres, entre el adoptante y el adoptado; en todos los casos, con ciertos alcances jurídicos hacia los ascendientes o descendientes, o en línea colateral dependiendo de las circunstancias específicas establecidas por el Código antes referido.

El deber de dar alimentos surge de la obligación que nace del vínculo sanguíneo, el deber de dar alimentos surge también de un parentesco civil como lo establece las leyes en la materia y debe estar envuelto en un sentido humanitario, que es el de conservar la vida, y para el caso que nos ocupa del mismo modo debe surgir del vínculo que nace de un acuerdo de voluntades formalizado mediante el Contrato de Prestación de Servicios de Gestación Subrogada del que se deben atribuir las obligaciones alimentarias a los deudores alimentistas,¹²⁵ que en este caso se trata de los padres y/o madres intencionales en favor del acreedor alimentario, refiriéndose esta calidad a la mujer o persona gestante.

Por ello y con el propósito de proponer la mayor protección jurídica a la mujer o persona gestante, nos apoyamos con lo expresado por Oscar Correas (2007) debido a que sostiene que todas las leyes cuentan con un sentido deóntico, por consecuencia y para los fines de la presente exposición, es jurídicamente posible establecer que el deber de dar alimentos a la mujer o persona gestante debe contener un sentido deóntico

III.- ...

IV.- ...

¹²⁵ Para los presentes fines, se puede tomar como fundamento legal para el aseguramiento de la obligación alimentaria la misma forma en que lo marca la ley: mediante hipoteca, prenda, deposito en dinero o mediante un fiador. (CCDF, art. 317).

basado en un fundamento ético y jurídico que prepondere el auxilio, socorro y protección a los más débiles y desprotegidos.

La obligación de facilitar los alimentos derivada del acuerdo de Gestación Subrogada, es uno de los alcances jurídicos que hasta ahora se determinan de manera moralmente solidaria o voluntaria más que de manera legalmente obligatoria a la mujer o persona gestante; es decir, los padres y/o madres intencionales no están obligados por ley o disposición en concreto a cumplir con un pago de alimentos, sino que esta obligación nace del acuerdo de voluntades celebrado con motivo de la prestación de servicios, por lo que la vigencia, la cantidad, la calidad y el tipo de *alimentos* está expuesto a un juego de criterios entre las partes sin que exista un marco que delimite el pago de los mismos, ya que estos no sólo se refieren a los gastos médicos, sino que comprenden otros más que conllevan un fin de bienestar hacia la mujer o persona gestante para que lleve a buen puerto la gestación, así como la de dar la mayor protección a la salud de la mujer o persona gestante durante y posterior al parto.

En un informe que publica el Grupo de Información en Reproducción Elegida (Tamés 2017) se expone que el deber de hacerse cargo de los alimentos durante el embarazo es de los padres intencionales:

aunque desde algunas posturas no se acepta considerar la gestación subrogada propiamente como un trabajo o servicio, tampoco se cree que la mujer gestante deba enfrentar los costos relacionados con su aceptación de gestar para alguien más, lo cual incluiría gastos médicos, y otros como gastos de transporte, seguro de vida y pensiones de alimentos. (Tamés 2017, p. 13).

Se sobrentiende que un estado de embarazo conlleva la atención prioritaria de necesidades materiales propias del proceso en mención, lo que sigue es acompañar en este proceso de embarazo a la mujer o persona gestante, quien a pesar de haber otorgado su consentimiento de manera libre e informado, no está en ella sufragar los gastos que se generan de su estado físico, puesto que el estado de embarazo debe considerarse como un tipo de discapacidad, dado que en esta etapa se disminuye sus capacidades vitales, y en “general, el criterio de necesidad en la legislación civil aplica por una o varias de estas razones: a) no estar en capacidad de trabajar; b) carecer de ingresos suficientes o bienes para su sostenimiento” (Beltrán y Céspedes, en Treviño & Ibarra 2022, p.123); además de que, los favorecidos a largo plazo serán los padres y/o madres intencionales y son ellos quienes ostentan el poder económico y que detonaron una práctica de gestación subrogada.

El pago de alimentos es un derecho humano consagrado en el Artículo Cuarto de nuestra Constitución Federal destacando su relación al respeto de la dignidad humana, que para el caso de la Gestación Subrogada que nos ocupa, debe comprender el proporcionar la comida, el vestido, el transporte, la atención médica, educación, la atención pre-hospitalaria y post-hospitalaria, los gastos de embarazo, parto y post-parto, la atención psicológica, mismos que pueden ser garantizados mediante una póliza de seguro de gastos médicos; y en caso de que así se requiera y de acuerdo a las necesidades de la mujer o persona gestante, se deberá proporcionar también una habitación digna.

El tiempo en el que se tenga por iniciada la vigencia del pago de alimentos se debe tomar desde la celebración del contrato en cuestión; y para ello, el acto jurídico

debe concretarse a partir del momento en que deben comenzar los gastos que se generan de la compilación de los estudios pre-gestacionales respecto a la mujer o persona gestante, pues éstos se deberán llevar a cabo con el objetivo de determinar si la persona elegida es la más conveniente para llevar un proceso de gestación de esta naturaleza, mismos estudios que podrán ser de tipo socio-económicos o médicos con el fin de determinar factores o antecedentes que puedan afectar de alguna manera el proceso de gestación y posterior al mismo, así como para descartar la existencia de algún riesgo congénito que pueda alterar la salud del menor nacido en un futuro.

El término de la vigencia para el pago de los alimentos se debe dar hasta las seis semanas posteriores al parto, para lo cual se puede tomar como referente lo establecido en la Ley Federal del Trabajo en su artículo 170, fracción II a fin de garantizar dentro de un margen delimitado el buen estado de salud de la mujer o persona gestante.

En relación al próximo integrante de la familia, para la sociedad de la Roma antigua, el *nasciturus* formaba una especie de “ficción por la que se consideraba al hijo concebido como si ya hubiera nacido, sujeto siempre a la condición de que naciera con vida” (Peña, citado en Arámbula 2008, p. 112), invención con la que se le otorgaba la necesaria protección jurídica. En este caso, el acceso a los alimentos no sólo se le debe otorgar a la mujer o persona gestante, sino que este derecho también es extensivo al producto de la gestación subrogada; esto es así, ya que el ser concebido cuenta con la protección legal y por lo tanto es en ejercicio de todos sus derechos.

Aunque ésta antigua concepción del Derecho Romano podría estar sometida a un escrutinio histórico, resulta ser una solución jurídica que tiene la capacidad de permear en la presente disertación, pues de la situación planteada en la época romana se

desprende una lógica indiscutible sobre el derecho a los alimentos que tienen los seres humanos desde su concepción, además de que el vínculo jurídico con el que se pretende regular los derechos y obligaciones de los padres y/o madres intencionales, es la figura de la filiación establecida a partir de la implantación –y no a partir del nacimiento del producto–, con lo que se asegura, al mismo tiempo, el cumplimiento del pago de la prestación alimenticia para la mujer o persona gestante.

Así, la norma en materia civil debe contar con una disposición en la que se regule el derecho a los *alimentos* hacia la mujer o persona gestante, de tal manera que en caso de incumplimiento de este deber, la acreedora cuente con el derecho de interponer la acción correspondiente, y de principal manera, sea extensiva al producto de la gestación, con ello el Estado mexicano protegerá el desarrollo de las familias, garantizará la certidumbre jurídica de las mujeres o personas gestantes y, sobre todo, velará por el interés superior de los hijos o hijas desde antes del nacimiento en el caso de la gestación subrogada.

4.2.5 La filiación derivada de la gestación subrogada

Como se ha venido insistiendo, la filiación ha dejado de ser la relación que necesariamente deba nacer de un vínculo biológico entre la madre y el padre con el hijo, o de la figura de la adopción, pues con las TRHA, entre ellas la gestación subrogada, se gesta la posibilidad de una figura *sui generis* de filiación que ha revolucionado las concepciones del Derecho.

Una realidad que sobresale de la gestación subrogada es la que afecta la relación filiatoria del menor, pues se complejiza debido al posible origen que tenga el material genético, para Pastore (junio-2018), la Gestación Subrogada supone una filiación fragmentada llamada así debido a que existe la posibilidad de que un “niño podría tener hasta cinco “progenitores”: una madre biológica, un padre biológico, una madre gestante, una madre legal y un padre legal”; sin embargo, esta postura adolece de un análisis real de la causa, además de que conflictúa aún más la práctica en el terreno formal de la filiación, no es motivo suficiente para prohibir la práctica, pues en dado caso sirve de base para triplicar los esfuerzos con el fin de arribar a una determinación legal que ilumine el camino filiatorio de los hijos o hijas nacidas de un proceso de gestación subrogada.

La filiación que se deriva de la gestación subrogada debe establecerse *sui generis* desde la concepción o desde el implante exitoso de los gametos o blastocito en el útero de la mujer o persona gestante, esto le atribuiría los derechos y obligaciones a los padres y/o madres intencionales sobre el futuro hijo o hija desde su etapa fetal y embrionaria, con ello se descriminaliza a la mujer o persona gestante, ya que la Ley al establecer que el producto del parto es de la persona que lo está pariendo, al mismo tiempo, está prohibiendo el abandono del menor y tendría que darse en adopción a los padres y/o madres intencionales para evitar caer en la comisión de un delito.

Esta situación repercute directamente en la identidad del menor y vulnera los derechos de los padres y/o madres intencionales, ya que de ellos es el derecho de registrar como suyo el hijo o hija y no el de orillarlos a la adopción de alguien a quien

originalmente fue el principal motivo que detonó su voluntad procreacional, voluntad con la que no cuenta la mujer o persona gestante desde el inicio del proceso.

El establecimiento de un proceso legal de filiación derivada de la gestación subrogada abona al olvido de largos juicios de reconocimiento de paternidad,¹²⁶ ya que en el caso de las TRHA, desde el inicio de éstos procesos técnico-científicos se sabe perfectamente el origen de la aportación biológica, como así lo refiere la investigadora parlamentaria Alma Arámbula Reyes (2008):

Este hecho en un primer momento puede tender a reforzar la idea naturalista de la correspondencia ineluctible entre filiación biológica y filiación jurídico-social, es decir, entre (pro)genitura y paternidad/maternidad. Ello se acentúa desde el momento en que además la paternidad se hace cierta y comprobable incluso a posteriori. (p. 61)

Esto nos deja nuevamente ante una práctica que cae en el contexto social; es decir, la relación filial entre el padre y la madre con el menor se ve afianzada en el terreno núcleo-social, aunque estas prerrogativas culturales no incidan directamente en la legislación civil del centro del país, sí deben permear en las atribuciones del derecho para la implementación de los dispositivos necesarios que garanticen la filiación de un menor nacido bajo las TRHA con todo y sus efectos legales.

¹²⁶ Este posicionamiento no significa que un donante adquiera la obligación de asumir los derechos y obligaciones propias de la filiación, pues se sabe que las donaciones tienen la particularidad de realizarse de forma anónima, de tal manera que constituye una excepción a las atribuciones filiatorias.

De ahí que la filiación que nace de la gestación subrogada, debe determinarse por medio de un dispositivo legal que simplifique la atribución de los derechos y obligaciones de los padres y/o madres intencionales en relación al hijo o hija producto de la multicitada práctica de gestación, en el que se tomen en cuenta, esencialmente, los consentimientos otorgados por las partes desde la celebración del contrato, con el fin de iniciar el proceso de filiación ante la autoridad correspondiente desde su concepción junto con los efectos jurídicos de la filiación derivada de la gestación subrogada, con el propósito de que permeen en el futuro integrante de la sociedad, y desde el momento de su concepción.¹²⁷

Lo anterior no representa una empresa jurídicamente imposible de establecer, pues en el estado europeo de Grecia, específicamente en la ciudad de Creta, se estableció una ventaja para los padres y/o madres intencionales consistente en la adjudicación del hijo desde los Tribunales antes del inicio del embarazo (DW, mayo-2021), ventaja que puede ser extensiva en relación a los efectos jurídicos que recaen sobre el hijo o hija pretendida.

De esta forma, el reconocimiento de los deberes y derechos que nacen del vínculo filial en el terreno de la Gestación Subrogada, pueden depender de la voluntad procreacional manifiesta de los padres y/o madres intencionales, que por consecuencia traerá el desconocimiento de la maternidad de la mujer o persona gestante.

¹²⁷ Sólo en el caso de la Gestación Subrogada se debe adjudicar la filiación del menor a los padres y/o madres intencionales desde el momento del implante exitoso del cigoto o mórula en el vientre de la mujer o persona gestante, puesto que el propósito del citado proceso de gestación es el de llevarlo a buen término hasta el parto, no operando este tipo de filiación *sui generis* desde la concepción en otros temas, como en el del controvertido tema del aborto, por ejemplo, pues éste último tiene sus propias aristas meritorias de un análisis individualizado debido a su propia complejidad.

a) *Las actas de nacimiento para los hijos o hijas nacidas de la gestación subrogada*

Un conflicto muy frecuente al que se enfrentan los padres y/o madres intencionales después del alumbramiento es el que se da al momento del registro del menor ante la autoridad civil, pues para la obtención del acta de nacimiento tendrán que probar que el hijo presentado es suyo, este conflicto jurídico representa una dilación para el establecimiento de los derechos de filiación y de identidad del menor.

El GIRE ha documentado una serie de litigios en relación a la negación de actas de nacimiento que tienen como origen la gestación subrogada:

Emiliano y Mariana quienes optaron por la gestación subrogada, firmaron un contrato ante Notario Público en el 2015, y al momento de tramitar el registro de sus hijos nacidos del método referido, les fue negado pues la titular de la Oficina del Registro Civil del estado de Tabasco pretextó que el contrato en referencia “probablemente era falso”, por lo que notificaría al DIF. Emiliano y Mariana regresaron al estado de Tamaulipas, su entidad de origen, ante la amenaza del aseguramiento de los menores sin las actas de nacimiento de sus hijos gemelos, por lo que se les privó a los menores de una identidad.(GIRE 2017, p. 25).

La misma asociación civil de referencia, informa que durante el periodo comprendido del año 2016 al 2017, el Décimo Circuito Judicial Federal acumuló quince expedientes relativos a probables actos violatorios en relación a la expedición de actas de nacimiento.

Hechos como el anterior, han sido un referente que se repite en el Estado de Tabasco y que se han debatido continuamente; sin embargo, y a pesar de que en el Código Civil para el Distrito Federal se equipara el parentesco por consanguinidad el que se genera a partir de un método de reproducción asistida, en la práctica jurídica existen hechos que niegan y limitan el derecho a una identidad en el momento del registro de un menor nacido mediante este método, pues estos actos de autoridad vulneran el derecho a la identidad establecido desde el ámbito constitucional¹²⁸ hasta llegar a leyes secundarias, como a la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.¹²⁹

La intervención de otras reglas puede reconceptualizar las relaciones jurídicas entre padres e hijos que rompan con los paradigmas ya existentes, pues para Jens M. Scherpe (citado en Treviño & Ibarra 2022, p. 200), al igual que hace poco menos de 100 años, los cambios sociales son las causas transformadoras y, en el caso que nos ocupa, dejan atrás las tradicionales relaciones parentales y hacen que las reglas de filiación se vuelvan obsoletas.

Los cambios sociales se relacionan a las causas de divorcios y al difícil reconocimiento de diversas estructuras de familia; así como, a la adopción de las nuevas tecnologías en reproducción asistida y a la multicitada Gestación Subrogada, en estos

¹²⁸ Es un derecho derivado del artículo 4° de la Constitución Federal en el que se reconocen como derechos constitucionales todos los derechos de los niños establecidos en Tratados Internacionales de los que México es Parte, entre los que se encuentran el derecho a la identidad que se establece en los artículos 7° y 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño. DERECHO A LA IDENTIDAD DE LOS NIÑOS. CXVI/2011. 1ª.-S. SCJN. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta: Tomo XXXIV, Septiembre de 2011. Reg.161100.

¹²⁹ Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, Capítulo Tercero, *Del derecho a la Identidad*, artículo 19. el derecho a la identidad está compuesto por el derecho ser inscritos en el Registro Civil de forma inmediata; a tener y preservar un nombre y apellidos, una nacionalidad, una filiación y su pertenencia cultural. *La falta de documentación para acreditar la identidad de niñas, niños y adolescentes no será obstáculo para garantizar sus derechos.*

últimos casos, la norma legal se tendrá que flexibilizar, como lo sugiere Scherpe (citado en Treviño & Ibarra 2022), con el objeto de que se reconozcan derechos y deberes en cada una de las relaciones:

...Scherpe defiende reconceptualizar totalmente las reglas que rigen las relaciones entre padres e hijos para distinguir entre el parentesco (relación genética o biológica entre progenitores e hijos), la paternidad o maternidad legal (padres legales) y la parentalidad (como aquellas personas que realizan funciones parentales). En la mayoría de los casos, habrá correspondencia entre todas estas categorías (la misma persona tendrá parentesco, será reconocida como padre o madre legal y ejercerá la responsabilidad parental), pero para los casos en los que no sea así, las reglas legales deberían flexibilizarse para reconocer derechos, prerrogativas y deberes para cada una de esas relaciones. (p, 201).

El establecimiento de una filiación derivada de un Contrato de Prestación de Servicios de Gestación Subrogada, desde su etapa fetal o embrionaria, genera una reducción de las causas que posibilitan largos e inútiles juicios para el reconocimiento de los hijos o hijas nacidas mediante este método, esto es en razón de que el embrión humano, a pesar de que se encuentra en el génesis de su desarrollo, cuenta con su debida capacidad jurídica desde dentro del útero materno.

Para Sancho Rebudilla (Arámbula 2008), el principio inspirador de las TRHA, como la gestación subrogada, “está presidido por el bien del embrión frente a otros intereses en pugna. El interés del concebido no debe ser desconocido, [...] a efectos jurídicos”;

además apunta que, una autentica tutela en este sentido reside en permitir que el embrión llegue a su nacimiento en óptimas condiciones sin discriminación alguna como si ya hubiera nacido. (pp. 114-115)

Estas consideraciones nos remiten a una solución de *iure* que permita que el *ser concebido* tenga los derechos propios de un menor nacido como lo es que pueda obtener el derecho a los alimentos, a derechos hereditarios, entre otros; y por supuesto, a una posible identidad que atienda las circunstancias *sui generis* del caso en las que el embrión se está desarrollando, hasta el momento de su nacimiento en el que se perfeccionará la identidad del menor mediante el acta correspondiente de su nacimiento.

En ambas circunstancias, la tutela del derecho debe ser idéntica, pues la condición humana la tiene tanto al embrión como el nacido. Los fundamentos legales deben ser regulados específicamente tomando en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho que envuelven al *nasciturus*; así y sólo así podremos alcanzar una armonía entre las necesidades reproductivas humanas y sus complejidades con las normas que tiene el encargo de regular la actividad humana en sociedad.

b) *El pasaporte para las personas nacidas mediante un proceso de gestación subrogada*

Un ejemplo que sucede a menudo en diferentes países es como el que se da en Ucrania, pues se permite la gestación por sustitución otorgando la legalidad a paternidad derivada de estos métodos; sin embargo, contradictoriamente, no le otorgan la nacionalidad a los hijos nacidos de extranjeros en su país, por lo que los padres

intencionales se ven obligados a tramitar la nacionalidad por descendencia para su hijo. (Lamm 2013, p. 196).

Las personas solteras o parejas extranjeras, buscando una posibilidad de gestar un hijo mediante una de las TRHA, llegan a países ajenos al suyo con sistemas jurídicos flexibles que permiten una oferta tentadora a sus capacidades económicas; sin embargo, esto no resulta ser una solución, pues cada Estado del planeta conserva sus propias políticas con las que enarbola su propia estructura jurídica y, es en este punto donde los derechos de los niños y niñas de padres extranjeros nacidos por medio de la gestación subrogada se encuentran en riesgo de ser vulnerados.

En el caso de México, según el Reglamento de Pasaportes y del Documento de Identidad y Viaje, el pasaporte es un *documento de viaje que la Secretaría (Secretaría de Relaciones Exteriores) expide a los mexicanos para acreditar su nacionalidad e identidad y solicitar a las autoridades extranjeras permitan el libre paso, proporcionen ayuda y protección y, en su caso, dispensen las cortesías e inmunidades que correspondan al cargo o representación del titular del mismo* (art. 2, párr. V); es decir, el *pasaporte* se expide a todos los que tengan la nacionalidad mexicana, entre ellos a **todos** los que nazcan dentro del territorio nacional. (CPEUM, Cap. II, art. 30, apart. A, fr. I).

La regulación anterior es aplicable en coyuntura con el sentido que guarda el tema principal en cuestión, y como se ha referido con anterioridad, la SCJN en uno de sus pronunciamientos dejó claro que *no existe norma constitucional alguna que restrinja expresamente el derecho de las personas extranjeras de celebrar contratos de gestación,*

*ni alguna otra que infiera la posibilidad de establecer alguna restricción absoluta en ese sentido.*¹³⁰

Contrario a la anterior sentencia de nuestro Máximo Tribunal, en un caso documentado por el GIRE, José y su esposo viajaron desde España para realizar un procedimiento de gestación subrogada, culminando con el registro de un bebé que quedó registrado sólo como hijo de José, ya que en los formatos de acta de nacimiento de la entidad no se admiten la posibilidad de tener dos padres. Como la oficina de pasaportes de la ciudad de Villahermosa estaba cerrada, se trasladaron a la Ciudad de México con la referida acta de nacimiento, copia del contrato de subrogación y una carta del hospital con el objetivo de tramitar el pasaporte del hijo, en esta oficina les respondieron que no podía emitir el acta respectiva por no haber una madre en el acta de nacimiento.

La pareja regresó a Tabasco a solicitar el pasaporte, donde no estaban de acuerdo con este tipo de procedimientos, por lo que no haría nada por ayudarles y agregó que la solución sería abandonar a su bebé en México y regresar a su país. Finalmente, el 26 de junio de 2015, con su hijo de casi siete meses cumplidos, lograron obtener el pasaporte y regresar a España.

Como este caso, existen otros que dejan en un estado de inseguridad jurídica a los niños y niñas nacidas mediante el método de gestación subrogada, pues los padres del menor se ven obligados a permanecer por más tiempo del proyectado en nuestro país lo que repercutió directamente en su patrimonio y en el derecho a la identidad al que tiene cualquier niño o niña.

¹³⁰ Amparo en revisión 129/2019. 1ª Sala. SCJN.

La mayoría de los casos documentados y litigados por el GIRE (2017), se circunscriben en el estado de Tabasco, en el que lo más recurrente es la negación de actas de nacimiento, indispensable para solicitar un pasaporte. En otros hechos ocurridos en diciembre del 2016 en el estado de Tabasco que presenta el GIRE, priva la falta de regulación en esta materia:

Michael es un hombre con nacionalidad griega y estadounidense que vino a México para suscribir un acuerdo de gestación subrogada con Valeria, una mujer gestante de Tabasco [...] una persona que se identificó como funcionaria del DIF de Tabasco apareció en el hospital y se llevó al bebé sin dar ninguna explicación. [...]

El 31 de enero, Michael pudo recoger a su hijo en el albergue del DIF de Villahermosa, Tabasco, más de un mes después de que se lo arrebataran. Finalmente, en febrero de 2016, obtuvo un acta de nacimiento y, tras realizar los trámites correspondientes para la obtención de un pasaporte, Michael y su hijo salieron del país.[...]

Aunque esta serie de hechos se circunscriben al estado de Tabasco, en la Ciudad de México, si bien es cierto no fue posible encontrar una estadística que ilustre el pedregoso camino legal por el que transitan los derechos de los menores nacidos mediante este método científico, hasta ahora no existe una norma que regule la conducta de la gestación subrogada y al no contar con una norma reguladora en esta área, la corrupción es la que seguramente está ganando terreno en la tramitación o falsificación de pasaportes, criminalizando así a los padres y/o madres intencionales.

Esta falta de documentos que acreditan la identidad de los hijos o hijas nacidas de un proceso de gestación subrogada, son condiciones violatorias de los derechos humanos de las niñas y los niños nacidos en territorio mexicano, en específico de los hijos o hijas que tienen padres y/o madres intencionales que no son mexicanos, esto repercute en su esfera jurídica con la negación del pasaporte indispensable para acreditar su nacionalidad, como así lo concluye Vázquez Correa (2021) en su exposición *Debates jurídicos y legislativos sobre la gestación subrogada en México*:

Las y los niños de padres intencionales no mexicanos también son vulnerables jurídicamente, ya que tienen dificultades para obtener documentos de identidad como los pasaportes y las actas de nacimiento, que son necesarios para viajar, probar la filiación y acceder a servicios básicos como la atención en salud.

Esto se debe a que, si bien es cierto se llevó a cabo un proceso de gestación subrogada con éxito, al momento de salir del país e ingresar a su país de origen de los padres y/o madres intencionales con su hijo o hija, resulta que en su nación no hay una norma que permita el ingreso de un menor nacido en las referidas condiciones que rodean a la gestación subrogada.

Así, el establecimiento de un dispositivo específico en la Ciudad de México que permita el registro inmediato del hijo o hija ante la autoridad responsable después del nacimiento que al menos establezca una presunción desde el implante del cigoto respecto a la nacionalidad requerida para la entrada o salida del país en cuestión, generará una mayor protección al interés superior del niño y, consecuentemente,

apuntala la protección jurídica a la estructura familiar; abonando así, con este impulso a la protección de los citados derechos de los mexicanos y a la tan pretendida transformación de nuestra Ciudad de México.

4.3 El reto del Gobierno de la Ciudad de México para regular el Contrato de Prestación de Servicios de Gestación Subrogada en su Código Civil

En las grandes urbes existen diversas necesidades que deben ser subsanadas por la obligatoria intervención de sus gobiernos. Es el caso de la Ciudad de México, que con sus 9,209,944 habitantes, requiere de políticas que favorezcan a los más necesitados, pues en una aglomeración humana de esta magnitud siempre existirá la desigualdad social.

En ciudades como ésta, las políticas siempre se verán dirigidas a fortalecer, primeramente, su economía argumentando que al impulsar las mismas se verán favorecidas indirectamente las condiciones de vida de su población; sin embargo, la experiencia de las masas deja a un lado estas hipótesis económicas, puesto que los que siempre resultan favorecidos son los de las altas cupulas empresariales.

Entorno a lo anterior, las necesidades de sus habitantes se han multiplicado, de tal manera, que cada vez son más las exigencias por satisfacerlas. Las limitaciones físico-biológicas de las personas junto a la diversidad social, impuesta desde las nuevas estructuras de familia, exigen el establecimiento de una minuciosa observancia en la protección de sus derechos fundamentales en la entidad capitalina, por ello, es imprescindible que sus cuerpos normativos sean sometidos a un constante escrutinio por

parte de los órganos de gobierno con el fin de evadir las condiciones de vulnerabilidad sobre los sectores más desprotegidos.

Una de las normativas que regulan el derecho a formar una familia en la Capital del país es el Código Civil para el Distrito Federal; sin embargo, se encuentra limitado, pues a pesar de que en sus textos se establece el mencionado derecho, éste no es extensivo de manera clara para todas las personas, ya que debe estar expuesto a interpretaciones de Tribunales en la materia, lo que hace que el acceso a este derecho se torne dilatorio.

Para personas LGBTTTIQ+, solas o parejas de personas con padecimientos físicos o biológicos que pretendan formar una familia, la tecnología ha posibilitado una opción, pues ha puesto a disposición las TRHA con las que se puede llegar a concretar la tan anhelada perpetuidad de la especie humana. Con la llegada de los avances científicos, los cuerpos normativos han tenido que adaptarse para lograr que el acceso a los mismos sea amplio.

Esto es así, ya que en las últimas décadas y derivado de la exigencia a formar una familia, la gestación subrogada ha estado en la demandas sociales de ciertos sectores de la población, que no por representar una minoría deban ser menos favorecidas en sus peticiones, y para que una pareja de personas llegue a ver realizadas sus pretensiones de esta naturaleza, el Contrato ha actuado como el instrumento jurídico ideal que ha pretendido llenar las expectativas, al menos por el momento, necesarias para llevar a cabo la citada empresa de gestación subrogada.

Empero, no ha sido suficiente que el citado acuerdo de voluntades en este acto cuente con sus formalidades necesarias, pues se descubre que derivado del contraste socioeconómico que existe entre las partes involucradas, se desprenden actos que vulneran, entre otros derechos, la dignidad de las mujeres o personas gestantes, los

derechos filiatorios de los menores nacidos de la gestación subrogada, el derecho al trabajo y los derechos reproductivos.

El acto jurídico en cuestión ha tenido diversas voces que alientan a llevarlo a cabo y otras que opinan lo contrario, para ello el derecho contractual ha destinado diversos requisitos que pueden hacer del mismo un acto que, aunque limitado, es jurídicamente posible mediante el concepto de prestación de servicios, y ya que el objeto del contrato en cuestión no contraría las leyes de la naturaleza, o sea que, es físicamente posible, y al contar con estas características esenciales junto con la necesidad de regular el acto, los códigos y leyes en la materia deben contener los dispositivos expresos para el cumplimiento de las exigencias sociales de este tipo.

Así, la prestación de servicios de gestación subrogada ya es una realidad que representa una opción al tema de las limitantes a la reproducción humana, refleja a su vez una alternativa que incrementa las expectativas económicas sólo de algunos sectores de la sociedad capitalina, luego entonces, la prestación de servicios de gestación subrogada por ser un hecho social en el que se ven envueltas expectativas económicas, atrae debates en sus diversos vértices, como lo es en relación a los motivos reales que mueven a la voluntad de la mujer o persona gestante principalmente; así como, a la posición que guarda el interés superior de los menores como resultado de la gestación subrogada.

Se cuestiona que la autonomía de la mujer o persona gestante se encuentre sometida a los prejuicios sociales y las normas no auxilian al respecto, pues la voluntad se encuentra ceñida a la voz autorizada de su concubino o esposo, mientras que el derecho a la autodeterminación se encuentra limitado pues se le niega la oportunidad de su desarrollo mediante la oportunidad a dedicarse a lo que mejor le acomode,

consecuentemente se le niega el derecho formal a recibir una retribución o compensación económica por los servicios prestados.

Es esta misma tesitura, el pago de los alimentos se le da sólo en un carácter moralmente solidario, lo que deja sin el derecho a la mujer o persona gestante a interponer una acción legal en caso de incumplimiento en este orden por parte de los padres y/o madres intencionales.

En el tema de la filiación derivada de la gestación subrogada, se atraen diversas cuestiones que se han tenido que verter necesariamente hasta los Tribunales, lo que hace de esta opción un ejercicio dilatorio de la justicia para la parte más vulnerable, que son los hijos o hijas nacidas de la gestación subrogada, y las regulaciones que norman la extensión de las actas de nacimiento relativas al registro civil de un hijo o hija nacida de la reproducción asistida no existen.

Por otro lado, respecto a los procesos legislativos, las facultades del derecho están ceñidas al juego de intereses entre particulares, lo que hace que este ejercicio se vea continuamente ensombrecido por discusiones estériles en las curules que hasta ahora no han llevado a buen fin las demandas legítimas de las partes que intervienen en el acuerdo de gestación.

Todas estas circunstancias acarrear un problema aún más grave que llevan a la clandestinidad de la práctica debido a la ausencia institucional, pues al acceder a los acuerdos ocultos ante la ley se está criminalizando a sus involucrados, específicamente a la mujer o persona gestante quien ha tenido a bien acceder a esta práctica con el ánimo legítimo de subsanar sus precarias condiciones de vida derivadas de la desigualdad y de la falta de oportunidades en esta Ciudad.

4.3.1 *La clandestinidad de la práctica y su criminalización*

Independientemente, y sin restarle importancia a las cuestiones de la mercantilización¹³¹ por las que se pueden ver influenciadas cualquiera de las prácticas de las TRHA, existe un riesgo que se encuentra latente en la gestación subrogada, y es que cada vez son más las personas o parejas que optan por la gestación subrogada como una opción ante sus limitaciones físicas para concebir la tan anhelada descendencia propia.

El aumento en la demanda por la práctica en cuestión, hace que se desvirtúen sus caminos y se pueda convertir en una actividad comercial y como tal, pueda ser susceptible de crear un mercado en el que se trafique con su finalidad, efecto que al mismo tiempo, producirá efectos negativos en la sociedad como la clandestinidad.

Factores como, la falta de regulación de la práctica, la ausencia de una norma que faculte y obligue a la autoridad sanitaria a la supervisión de clínicas dedicadas al objeto de las TRHA, como se mencionó, promueve el incremento de la clandestinidad. El costo elevado e indiscriminado en los precios por los diferentes servicios que prestan las personas físicas y morales dedicadas a la producción de TRHA, abona también a los orígenes de la ilegalidad en la reproducción asistida.

Los costos elevados por los servicios comentados y la falta de una norma, apuntalan la estructura de todo un entramado de redes clandestinas en las que participan

¹³¹ Según la Investigadora Parlamentaria Alma Arámbula Reyes (2008), la reproducción se divide en diferentes momentos, lo que presupone una descomposición de la misma en elementos separables e intercambiables; así se tiene a los gametos masculino y femenino, después al embrión y posteriormente en la gestación. Afirma la investigadora que debido a esta posibilidad de separarlos, estos elementos adquieren valor de uso para otras personas interesadas en utilizarlos entonces, afirma la autora, como partes o funciones del cuerpo se convierte en objeto de apropiación y de intercambio adquiriendo un valor comercial.

abogados, clínicas, laboratorios, entre otros, dirigidas por sujetos sin escrúpulos que se dan a la tarea de intervenir deslealmente con atractivos costos económicos que al final, por estar fuera del marco de la ley, defraudan a los que acuden a ellos. Esto a su vez, hace que los servicios sean de muy mala calidad, aún más, al tratar estos asuntos en un ambiente obscuro fuera del marco de la ley, hace que los sujetos que apelan a una de las TRHA como opción legítima de concebir su descendencia sean acreedores a sanciones penales.

Para Llontop Fiestas (2021) en Perú existe un mercado negro en el que participan centros médicos de fertilidad que incentiva la trata de mujeres mediante la promoción del alquiler de sus vientres para la gestación afectando los derechos de las personas que buscan una prole, escenario que no debe encontrarse lejos de parecerse al de México.¹³²

Por lo demás, está comprobado que la imposición de sanciones o penas no resulta ser una solución eficaz a los problemas sociales, y en lo que respecta a la presente cuestión, una sanción legalmente impuesta no va a detener la demanda en el acceso de los derechos reproductivos, como lo es de la gestación subrogada, pues esta práctica es una realidad que irá en aumento, legal o ilegalmente.

A lo que siempre se ha apelado, es a su debida reglamentación que proteja los derechos de todos los sujetos que intervienen, de manera particular de las mujeres o personas gestantes y de los menores nacidos de la gestación subrogada; pues hasta ahora los pronunciamientos que ha emitido nuestro Máximo Tribunal, relativos a que la prohibición o ausencia de una norma en esta materia genera su clandestinidad y mayores

¹³² Albornoz y López, en su artículo *Marco normativo de la gestación por sustitución en México: desafíos internos y externos*, afirman que dados los potenciales conflictos que podría desarrollar su ejercicio clandestino, es importante que nuestro país cuente con una regulación clara.

riesgos para los involucrados, han carecido de interés por parte de las legislaturas locales y federales para la regulación la conducta referida.

En contraste, la maestra Lorena Vázquez Correa (2021) aludiendo al GIRE, argumenta que la prohibición de la práctica no la hará desaparecer y al contrario provocará la clandestinidad, lo que traerá como consecuencia la “opresión y la vulnerabilidad de las mujeres gestantes y la niñez nacida como resultado de estos acuerdos.” (p. 3).

En conclusión, existen diferentes opiniones de diversos sectores de la sociedad civil, de especialistas y de la política en este país, que han debatido sobre la forma en que se debe establecer una norma específica en este rubro; sin embargo, no se ha llegado hasta ahora a un consenso que determine de forma clara los derechos de las personas involucradas en esta práctica, lo que sigue siendo un hecho, es que la congelación de los respectivos debates no protege los derechos de las partes involucradas, aún más, los de los hijos o las hijas nacidas mediante la gestación subrogada y los de las mujeres o personas gestantes quienes son las personas con más riesgo de ver vulnerados sus derechos.

4.4 Propuesta normativa

En el presente apartado se propone el establecimiento de un contrato de prestación de servicios *sui generis*, consistente en la prestación del servicio de gestación subrogada y para ello el Código Civil para el Distrito Federal (CCDF) deberá contener modificaciones; de tal manera que, represente una estructura firme para la elaboración

de un Contrato de composición equitativa entre las partes en relación al acceso de los respectivos derechos que entran en juego en la práctica de la gestación subrogada.

Ya se había comentado la necesidad de reformar diversas legislaciones en materia de reproducción asistida, como lo es la Ley General de Salud, que de acuerdo a su competencia deberá regular los procedimientos en reproducción asistida, las licencias y sanciones para el control de los establecimientos dedicados para tal objeto, establecer una definición de la reproducción asistida. En tales presupuestos, el Pleno de la SCJN resolvió que la regulación de las TRHA y de sus procedimientos es una atribución competencial que deberá estar prevista en la Ley General de Salud por ser un tema de salubridad general.¹³³

Luego entonces, como resultado del anterior pronunciamiento, se puede interpretar que los temas relativos a la filiación derivada de la gestación subrogada, a las cuestiones contractuales, a la regulación de una compensación económica para las mujeres o personas gestantes, al derecho a los alimentos, entre otros, deberán ser atendidos por los congresos locales, y dejar en la competencia exclusiva del Congreso de la Unión lo relativo a los procedimientos técnicos de fertilización, así como lo referente a la autorización de los establecimientos que tienen por objeto la prestación de servicios en las TRHA.

El Congreso de la Ciudad de México se debe avocar a atender sólo las cuestiones legislativas en relación a la filiación, a la regulación del contrato civil, al establecimiento

¹³³ 7 de junio de 2021; Acción de inconstitucionalidad 16/2016 promovida por la Procuraduría General de la República; Ministra Ponente, Norma Lucia Piña Hernández; disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2021-06-01/01062021%20Preliminar.pdf>

de una compensación económica, y demás contenidos que al tema en cuestión surjan de acuerdo a su competencia legislativa mormada desde la Constitución Federal.

Los derechos reproductivos son considerados desde la máxima normativa constitucional de la Ciudad de México, en su artículo Sexto Apartado F:

F. Derechos reproductivos

1. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, voluntaria e informada tener hijos o no, con quién y el número e intervalo entre éstos, de forma segura, sin coacción ni violencia, así como a recibir servicios integrales para acceder al más alto nivel de salud reproductiva posible y el acceso a información sobre reproducción asistida.

2. Las autoridades adoptarán medidas para prevenir, investigar, sancionar y reparar la esterilización involuntaria o cualquier otro tipo de método anticonceptivo forzado, así como la violencia obstétrica.

Fondo que permea en el Código Civil para el Distrito Federal que dispone en su artículo 162, párrafo segundo:

ARTÍCULO 162.- Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.

*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.*

También es importante señalar que el artículo 22 del referido CCDF, se advierte que la capacidad jurídica se adquiere por el nacimiento y expresa que *desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley*; sin embargo, para los fines de la presente propuesta, desde la concepción del embrión implantado por medio de una de las TRHA debe contar con la protección legal sin mediar interpretación alguna.

Ahora bien, de la necesidad de establecer una equidad en el acceso a los derechos que se encuentran en juego dentro del pretendido Contrato de Prestación de Servicios de Gestación Subrogada, se deben establecer diversas modificaciones al CCDF, para ello se propone las siguientes adiciones y modificaciones al texto normativo civil en comento:

- Dentro del Título Sexto, denominado *Del parentesco, y de los alimentos y de la violencia familiar*

Capítulo I DEL PARENTESCO

Artículo 293.- ...

También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo **o hija** producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, **o sólo el hombre**, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora **o progenitor**.

De la misma forma se da el parentesco por consanguinidad, entre el hijo o hija producto de reproducción asistida y dos personas físicas de diferente o mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena que establecen un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua.

En el caso de ...

Capítulo II, DE LOS ALIMENTOS.

Artículo 301.- ...

Artículo 302.- ...

Artículo 303.- ...

Artículo 303 Bis.- La pareja o persona intencional, referidas en el artículo 2615 Bis de este Código, están obligados a dar alimentos a su hijo o hija concebida mediante una de las técnicas de reproducción asistida desde el momento en el que se concibió en el vientre de la mujer o persona gestante.

Artículo 307 Bis. La pareja o persona intencional tiene la obligación de dar alimentos a la mujer o persona gestante, en atención al vínculo derivado del acuerdo dispuesto en el artículo 2615 Bis de este Código.

Artículo 307 Ter. La obligación de dar alimentos en el caso del dispositivo anterior comienza desde el momento que se celebra el Contrato dispuesto en el artículo 2615 Bis de este Código y se extingue hasta las seis semanas después del parto.

Artículo 307 Quáter. La celebración del contrato deberá llevarse a cabo antes de practicar los estudios a la mujer o persona gestante relativos a su entorno social,

a su nivel económico, médico, biológico o de cualquier otra naturaleza que conlleve el propósito de preponderar el interés superior del producto fecundado.

Artículo 308.- Los alimentos comprenden:

I.- ...

II.- ...

III.- ...

IV.- ...

V.- En relación a la mujer o persona gestante, la comida, el vestido, la atención médica, la hospitalaria, los gastos de transporte, los gastos de embarazo y parto, su atención post parto, su atención psicológica, y en su caso, la habitación.

- Dentro del Título Décimo, denominado *Del Contrato de prestación de servicios*

Capítulo II Bis. **DE LA PRESTACION DE SERVICIOS DE GESTACION SUBROGADA**

Artículo 2615 Bis. La Gestación Subrogada es una forma de reproducción asistida por medio de la cual una mujer o persona, denominada gestante, acuerda con otra persona o pareja, denominada intencional, gestar un embrión hasta su nacimiento con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte intencional, beneficiando siempre el interés superior del menor.

Artículo 2615 Ter. El consentimiento que otorguen las partes que intervienen en el Contrato de Prestación de Servicios de Gestación Subrogada deberá ser indubitable y expreso y deberá realizarse ante Notario Público.

- Dentro del Título Cuarto, denominado *Del Registro Civil*

Capítulo II. DE LAS ACTAS DE NACIMIENTO.

Artículo 60. El padre y la madre, **así como las personas físicas referidas en el párrafo segundo del artículo 293**, están obligados a reconocer a sus hijos.

Cuando...

La investigación...

Además...

Cuando el hijo o hija haya sido procreado por medio de la reproducción asistida desde el momento en el que se concibió en el vientre de la mujer o persona gestante.

También se admitirá el reconocimiento sólo por el padre intencional o sólo por la madre intencional, cuando el hijo o hija haya sido producto de una de las técnicas de reproducción asistida desde el momento en el que se concibió en el vientre de la mujer o persona gestante.

- Dentro del Título Quinto, denominado *Extinción de las obligaciones*

Capítulo I, DE LA COMPENSACIÓN

Artículo 2185.- ...

Artículo 2185 Bis. La pareja o persona intencional tienen la obligación de dar una compensación económica, atendiendo las circunstancias de cada caso, a la mujer persona gestante que durante la vigencia del contrato de prestación de servicios de gestación subrogada se dedicó al cuidado de su persona, así como al cuidado del hijo o hija de la pareja o persona intencional.

Artículo 2197 Bis. El derecho de compensación de la mujer o persona gestante en atención al artículo 2185 Bis es irrenunciable.

- Dentro del Título Séptimo, denominado *De la Filiación*.

Capítulo I, DISPOSICIONES GENERALES.

Artículo 324. Se presumen hijos de los cónyuges, **de los padres y/o madres intencionales** salvo prueba en contrario:

I.- ...

II.- ...

III.- Los hijos nacidos por medio de la gestación subrogada dispuesta en el artículo 2615 Bis de este Código.

IV.- El embrión producto de la gestación subrogada desde el momento en que el mismo ha sido implantado en el útero de la mujer o persona gestante.

Artículo 326.- El cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos ...

Tampoco ...

No existirá la presunción de paternidad del cónyuge varón, cuando su cónyuge haya concebido mediante las técnicas de reproducción asistida y además la cónyuge haya celebrado un contrato de prestación de servicios de gestación subrogada debidamente notariado, descrito en el artículo 2615 Bis.

Capítulo II. DE LAS PRUEBAS DE FILIACIÓN DE LOS HIJOS

Artículo 340.- La filiación de los hijos se prueba con el acta de nacimiento.

En el caso de la filiación derivada de la gestación subrogada, además del acta de nacimiento esta también podrá probarse, si el caso lo requiere, todos los medios de prueba que la ley autoriza incluyendo los avances de los conocimientos científicos

CONCLUSIONES

La lucha por la satisfacción humana pone en marcha nuestra capacidad inventiva para enfrentar y controlar nuestras limitaciones, nuestro intelecto ha creado un mundo sofisticado y artificial con el fin de armonizar la convivencia en el planeta. Esta interminable carrera ha estructurado a las sociedades sobre la máxima del más fuerte; de tal forma que, siempre existirán grupos dominantes y grupos sometidos, dando como resultado una constante contienda en la que siempre saldrán vencedores unos sobre de otros; y es aquí donde las entidades humanas proponen conductas que necesariamente tendrán que ser normadas, formal o informalmente.

La necesidad de reproducirse de cada individuo ha hecho que la tecnología tenga importantes avances, como la Gestación Subrogada derivada de las TRHA en la que convergen cuatro sujetos de derecho: los padres y/o madres intencionales, las empresas privadas, las mujeres o personas gestantes y los hijos o hijas nacidas del proceso de gestación subrogada.

En México, la Gestación Subrogada es un tema de debate en el que no se ha llegado a un consenso entre los órganos de las Entidades que lo componen.

Las TRHA mediante la cual una mujer o persona llamada gestante aporta su capacidad biológica de gestación hasta el parto de un ser humano que sabe no es de ella y que al final del proceso de embarazo serán los padres y/o madres intencionales, que son éstos los que tienen la voluntad procreacional, los que procurarán del cuidado y del buen desarrollo del ser humano producto de la gestación.

Los padres y/o madres intencionales y las empresas privadas son los que detentan el poder económico para llevar a cabo el acto jurídico y las mujeres o personas gestantes son las que deciden llevar a cabo una práctica de este tipo con el fin de obtener una compensación económica para subsanar sus necesidades económicas, producto de la comentada desigualdad social.

En el proceso de embarazo se desarrollan diversos síntomas que disminuyen las capacidades de la mujer o persona gestante, discapacidades que van desde las físico-biológicas hasta las sociales y psicológicas. Estos aspectos no han sido observados al momento de la celebración del contrato de gestación subrogada, pues la mujer o persona gestante es cosificada dejando a un lado las razones y la realidad del porqué una persona accede a este tipo de acuerdos.

Los Derechos Humanos deben privilegiar su protección hacia los más desfavorecidos, que en el presente caso se trata de la mujer o persona gestante y de los hijos o hijas nacidas mediante la práctica de la gestación subrogada, pues son ellos los que tiene el riesgo de ver vulnerados sus derechos humanos.

Existen concepciones con un sentido peyorativo e incriminatorio de la conducta de la mujer o persona gestante en este proceso de gestación, y lo anterior se elimina mediante el acceso a su derecho a dedicarse a lo que mejor le acomode, que en este caso se refiere a la prestación de sus servicios consistente en su capacidad de gestación biológica de un ser humano, para ello y en el pleno ejercicio de su autonomía, su voluntad deberá estar debidamente informada sobre los alcances jurídicos, médicos y sobre cualquier otro tipo de consecuencias derivadas de la práctica de gestación subrogada.

La mujer o persona gestante debe percibir una compensación económica, dado que el servicio que presta está dirigido hacia la gestación de un ser humano, periodo de embarazo en el que se debe tener diversos cuidados y precauciones, y esta actividad debe ser retribuida debido al tiempo que invierte en favor de otra persona o personas y a las limitaciones y discapacidades temporales en las que se ve sometida.

Los derechos de filiación surten sus efectos desde la implantación del embrión, con el objeto de que sea protegido desde su primera etapa de vida en el útero de la mujer o persona gestante y la comentada autonomía de la voluntad, así como los derechos filiatorios a los que nos hemos referido, no opera en otras discusiones legales o sociales, pues todos los efectos que surjan por causa de la gestación subrogada sólo operan en relación a la figura del Contrato de Prestación de Servicios de Gestación Subrogada que debe establecerse de manera *sui generis* en el Código Civil para el Distrito Federal.

La misma esfera tecnológica que aporta avances en favor de las posibles soluciones a los problemas de infertilidad abona una praxis que complejiza la sociabilidad humana. Los adelantos científicos que coadyuvan a la armonía humana acentúan las desigualdades y la explotación de los más débiles, existen deseos que han exigido a los científicos a desarrollar investigaciones sobre industrias como la eugenesia, la clonación o de ingeniería genética para el mejoramiento de las capacidades humanas con el propósito de perfeccionar nuestra especie.

Los avances en ingeniería genética, como el “diseño de seres humanos”, la selección del color de ojos y del sexo, la clonación humana, entre otras invenciones, acentúan aún más las desigualdades, remarcan las fronteras territoriales; además de que, la diferenciación basada en los rasgos físicos aumenta las líneas de violencia, de

discriminación, de explotación a los más vulnerables, acrecienta la opresión sobre los más desfavorecidos y aniquila los conceptos de justicia y de igualdad.

Se necesita revertir los efectos de las economías actuales mediante una alternancia de derecho que inspire la solidaridad y la justicia; para ello, cualquier sistema jurídico que se implemente debe estar fundamentado sobre un mismo fin: el bienestar social, que por más distintos que puedan considerarse los sistemas, estamos seguros de que tendrán la capacidad de convivir entre ellos.

Existe el riesgo que el presente trabajo académico muestre insuficiencias en las posibles soluciones o que se muestre como inoperantes algunos de los conceptos propuestos en relación a las disyuntivas enunciadas; no obstante, como estudiante universitario tengo la obligación de levantar la voz, de proponer alternativas, de intentarlas, de rebelarlas, pues así me lo ha inspirado Oscar Correas (2007) al expresar que no debemos atemorizarnos “porque todas las ciencias crecen de esa manera: observando, proponiendo conceptos, observando, cambiándolos, observando de nuevo.”

REFERENCIAS

Fuentes primarias

- Albornoz, M. M. & López, F. (2017, enero-junio). Marco normativo de la gestación subrogada en México: desafíos internos y externos. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*. Vol. 11 (39). <https://doi.org/10.35487/rius.v11i39.2017.303>
- Albornoz, M. M. & Velarde, M. (2020). *Aproximación a la gestación por sustitución*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en: <https://tinyurl.com/yk4eqlea>
- Arámbula, A. (agosto, 2008). *Maternidad subrogada*. Centro de Documentación, Información y Análisis. Dirección de Servicios de Investigación y Análisis. Subdirección de Política Exterior. Cámara de Diputados, LX legislatura. México, D. F.
- Ávila, A.; Pastrana, I.; Pinilla, J.; Rincón, J.; Cubillos, N.; Milena, S.; y, Ospina, S. (2021). *Maternidad Subrogada*. [Tesis Universidad Católica de Colombia].
- Bazán, M. E. y Llaryora, B. (2006). "Maternidad subrogada, ¿existió en Roma?", *Foro de Córdoba*. Núm. 105, pp. 19-30.
- Beetar Bechara, B. (2019). La maternidad subrogada en Colombia: hacia un marco jurídico integral e incluyente. *Revista Socio-jurídicos*, 21(2), 135-166. Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.6869>
- Bejarano, M. (1999). *Obligaciones Civiles*. 5ª ed. México: Oxford University Press.
- Brena, I. (2012). *La gestación subrogada ¿una nueva figura del derecho de familia?*. IJ-UNAM. Pp 139-161. www.juridicas.unam.mx.
- Briseño, C. & Jurado, H. (enero, 2018). *Gestación sustituta y subrogada en México, derecho humano no reconocido constitucionalmente*. Derechos Fundamentales a Debate. Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco. México.
- Buen de, N. (1986). *La decadencia del contrato*. México: Editorial Porrúa.

- Cadavid, K. & Barrera, A. (s. f.). *Maternidad subrogada en el sistema jurídico Colombiano y principales aportes internacionales al tema*. [trabajo para optar por el título de Abogado, Universidad CES- Medellín]
- Castillo, M. E. (2017). La necesidad de normativizar aspectos centrales de la gestación por sustitución transfronteriza en el ámbito interamericano. *Curso de Derecho Internacional*. https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/curso_derecho_internacional_dosmildiecisiete_materiales_lectura_Maria_E_Castillo_1.pdf
- Contreras, R. (abril-junio, 2013). La legislación mexicana civil y la maternidad sustituta. *Cirujano general*. Volumen 35, Supl. 2. Abril-Junio 2013. Facultad de Derecho y de la División de Postgrado de la Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en: <http://www.medigraphic.com/cirujanogeneral>
- Correas, O. (2007). *Introducción a la sociología jurídica*. México: Fontamara.
- Cosío, D., Bernal, I., Moreno, A., González, L., Blanquel, E., Meyer, L. (1994). *Historia mínima de México*. El Colegio de México.
- Cruz, A. L. (2014). *La subrogación uterina, breve estudio comparado*. [maestría en derecho, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey]
- Cruz, J. M. (2012-2013). La maternidad subrogada. *Anuario de la Facultad de Derecho*. Universidad de Extremadura. Vol. XXX. Pp. 641-653.
- DW. Deutsche Welle. (20 de mayo de 2021). *Ser padres. El lucrativo negocio de la fertilidad*. [Archivo de video]. Youtube. https://youtu.be/KdJzCGuVzJA?si=SF_7SdFYBO-6iOqW
- Díaz, M. A. & Neri, P. (octubre, 2015). Aspectos psicológicos en infertilidad y gestación subrogada. *Revista Mexicana de Medicina de la Reproducción*. 8 (2). Pp. 101-129.
- Dobernig, M. (2018). *Maternidad subrogada: su regulación*. Instituto de Investigaciones Jurídicas- Universidad Nacional Autónoma de México. Pp 251-294. <https://goo.gl/VPmqW5>
- Escalante, P.; García, B.; Jáuregui, L.; Zoraida, J.; Speckman, E.; Garciadiego, J.; Aboites, L. (2008). *Nueva historia mínima de México ilustrada*. México: El colegio de México.

- Espejo, N., Fenton, C., Lathrop, F., Scherpe, J. (Ed) (2022). *La gestación por subrogación en América latina*. México: Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación & Centro de Derecho de Familia de la Universidad de Cambridge.
- Estrada, H. (septiembre, 2018). *Maternidad subrogada: Desarrollo conceptual y normativo*. Legislatura 2018-2019 [26]. Perú: Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria.
- Euronews. unreported europe. (2 de octubre de 2020). *Gestación Subrogada. ¿Un bebé a cualquier precio? El coste emocional y financiero*. [Archivo de video]. Youtube. <https://youtu.be/Juk1SAstyJ82si=-vXTaMTD4J4Puh4v>
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. 4ª ed. [Ibáñez, A. y Greppi, A. trad.]. Madrid: Trotta.
- Fromm, E. (1961). *Marx y su concepto del hombre*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Fuentes, C. I. (2019). *La gestación subrogada en el derecho internacional privado*. [tesis para optar al grado de Licenciada, Universidad de Chile]
- Grupo de Información en Reproducción Elegida, A.C. (GIRE 2017). *Gestación Subrogada en México. Resultados de una mala regulación*. En: <http://gestacion-subrogada.gire.org.mx>
- Gutiérrez, R., Burgos, M. (Coord.) (2020). *Globalización, Neoliberalismo y Derechos de los pueblos Indígenas en México*. México: IJ-UNAM.
- Lagarde y de los Ríos, M. (2015). *Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas*. México: Siglo XXI.
- Lamm, E. (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.
- Leonseguí, R. A. (1994). Boletín de la Facultad de Derecho. *La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo*. [boletín No. 7]. Pp. 317-338.

- Llontop, J. del C. (2021). *La maternidad subrogada y su aplicación en el derecho peruano*. [tesis de Titulación, Universidad de Piura]
- López, J., Aparisi, Á. (2012). Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada. *Cuadernos de Bioética*. Vol. XXIII (2). Pp. 253-267.
<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87524464001>
- Magallón, M. (enero-junio 2015). Análisis crítico de los derechos humanos desde la modernidad alternativa radical. *Revista del posgrado en Derecho de la UNAM*. Nueva época. Núm. 2.
En: <https://biblio.juridcas.unam.mx>
- Martínez, K & Rodríguez, C. (diciembre 2012). El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense. *Revista de Derecho (Valdivia)*. Vol. XXV (2). Valdivia, Chile: Universidad Austral de Chile. Pp. 59-61.
<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173725189003>.
- Mir, L. (2010). *La maternidad intervenida. Reflexiones en torno a la maternidad subrogada*. Universidad de Buenos Aires. En: <http://hdl.handle.net/20.500.12424/203269>
- Morin, E. (1999). *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*. (Vallejo, M. trad.). UNESCO
- Morin, E. (2005). El paradigma perdido. *Ensayo sobre la bioantropología*. 7ª ed. (Bergats, D., trad.). Barcelona: Kairós.
- Orrego, J. A. (2915). *Teoría General del Contrato*. Última modificación, 22 de diciembre del 2015.
Disponible en: <https://www.juanandresorrego.cl>
- Pacheco, J.; Monsalve, M.; y, Torregrosa, I. (Julio-Diciembre, 2020). *Los elementos del contrato de maternidad subrogada*. Univ. Estud. Bogotá (Colombia). N.º 22. Pp.139-158
- Pastore, A. (15 de junio de 2018). Seminario “*Maternidad subrogada: Enfoque interdisciplinario de una problemática actual*”. Conferencia pronunciada en el Instituto de Bioética, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 80º Aniversario. Buenos Aires, Argentina.

- Plascencia, R. & Pedraza, A. (Compiladores) (2011). *Compendio de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos*. T-I. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Regalado, M. D. (2016). Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada. *Revista Femeris*. Vol. 2 [2]. Pp. 10-34. DOI: <https://doi.org/10.20318/femeris.2017.3756>.
- Rojina, R. (1944). *Introducción y Teoría Fundamental del Derecho y del Estado*. T-II. México: Ediciones encuadernables El Nacional.
- Rojina, R. (2008). *Compendio de derecho civil. Introducción, personas y familia*. 39ª ed. T. I. México: Porrúa.
- Rojina, R. (2017). *Derecho civil mexicano. Introducción y personas*. 13ª ed. T. I. México: Porrúa.
- Ruiz, M. V. & Valdés, M. del C. (s. f.). *Dilemas sobre la maternidad subrogada en México*. Universidad de Sonora. (s. f.). Capítulo I [Tesis]. Disponible en: tesis.uso.mx/digital/tesis/docs/22484/Doc.enlinea.
- Tamés, R. Gestación subrogada en México. En: Alterio, A. M. & Martínez, A. (enero, 2020). (Coord.). *Feminismos y Derecho. Un diálogo interdisciplinario en torno a los debates contemporáneos*. (Pp 301-317). Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Unión.
- Treviño, S. del C. & Ibarra, A. (Editoras). (2022). *Curso de Derecho y Familia*. Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Unión. México: Tirant lo Blanch.
- Universidad de Sonora. (s.f.p.). Capítulo I. Antecedentes Históricos. En: <http://tesis.usan.mx/digital/tesis/docs/22494/Capitulo1pdf>
- Vasanti, J.; Mac Callum, F.; Lycett, E.; Murray, C.; Golombok, S. (junio-2003). Surrogacy: the experiences of surrogate mothers. *Rev. Human Reproduction*. V (18) 6. Pp. 1334-1344. DOI: [10.1093/humep/dog253](https://doi.org/10.1093/humep/dog253).
- Vázquez, L.; Serrano, S.; Burgos, M. & Estrada, G. (2011). *Programa de capacitación y formación profesional en Derechos Humanos. Curso Fundamentos teóricos de los derechos humanos*. Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. En: www.cd hdf.org.mx

- Vázquez, L. (junio - 2021). Debates jurídicos y legislativos sobre la gestación subrogada en México. *Cuaderno de investigación*. No. 76. Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República. Ciudad de México. <http://bibliodigital.senado.gob.mx>
- Viteri, S. M. F. (2019). *Problemas jurídicos derivados de la maternidad subrogada en el Ecuador*. [tesis de Maestría Profesional, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador]. Repositorio Institucional UASB-DIGITAL con licencia Creative Commons 4.0 Internacional.
- Zuloaga, C. E. (2002). *Pacto contractual y contratos atípicos*. 2ª.ed. México: Ed. Porrúa

Fuentes secundarias

- Audesirk, T.; Audesirk, G.; Byers, B. (2012). *Biología. La vida en la Tierra. Con Fisiología*. México: Pearson.
- Bernal, M. C. (2017). *Iniciativa de Decreto por el que expide la Ley de Maternidad Subrogada del Estado de Michoacán de Ocampo*. H. Congreso del Estado de Michoacán de Ocampo. Comisión de Igualdad de Género.
- Cambrón, J. M. (marzo, 2022). *Iniciativa con proyecto de decreto por el que se adicionan diversas disposiciones a la Ley que Garantiza el Acceso a las Mujeres a una vida Libre de Violencia, del Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala, y el Código Penal para el Estado de Tlaxcala, en materia de Gestación Subrogada*. (Iniciativa en proceso legislativo).
En: <https://congresodetlaxcala.org.mx>
- Carl G. Jung. (1979). *El hombre y sus símbolos*. 2ª ed. [Escolar, L. trad.]. España: Aguilar Ediciones.
- Cisneros, G. (2003). *Diccionario de frases y aforismos latinos. Una compilación sencilla de términos jurídicos*. México: IJ-UNAM.
- Cohen, J., Hahn-Nathon, J., Masse, S., Tordjman, G., Verdoux, C. (1973). *Enciclopedia de la vida sexual. De la fisiología a la psicología*. México: Argos Vergara.
- Congreso del Estado de Sinaloa. (2013, 6 de febrero). Decreto 742. Por el cual se expide el Código Familiar del Estado de Sinaloa. Periódico Oficial 17, segunda sección.
- Cuya, R; Chávez, A; Flores, S; Párraga, M; Quinto, R; Tafur, O. (2019). Enfermedad periodontal asociada al embarazo. *Rev Cient Odontol*. Lima: 7 (1): 132-139.
- De la Torre, J. A. (2007). *Apuntes para una introducción filosófica al derecho*. México: Porrúa.
- Enciclopedia Hispánica. (1989-1990). Encyclopedica Britannica Publishers, Inc.
- Gallegos, P., Nidia del Carmen (2006). *La teoría del hecho y acto jurídico aplicada al derecho familiar*. México: Univ. J. Autónoma de Tabasco.

- Gómez, L.(agosto-2024). Tiene la CDMX mayoría de empleos y el mejor salario, señala el titular del Trabajo. *La Jornada*. Año 40, núm. 14389.
- Hannan, A. (1993). *La condición humana*. [Gil, R. trad.]. Barcelona: Paidós.
- Hellman, L. M., Pritchard, J. A., Wynn, R. M. (1973). *Williams Obstetricia*. Salvat Editores.
- Herane, M. de los A., Godoy, C., Herane, P. (noviembre, 2014). *Revista Médica Clínica las Condes*. Enfermedad periodontal y embarazo. Vol. 25 (6). Pp. 936-943.
<https://www.clinicascondes.cl/HOME>.
- INEGI. (diciembre-2023). *PRODUCTO INTERNO BRUTO POR ENTIDAD FEDERATIVA (PIBE) 2022, preliminar*. En: <https://www.inegi.org.mx/programas/pibent/2018/>
- INEGI. (septiembre-2023). *ESTADÍSTICA DE DIVORCIOS (ED) 2022*. En: <https://www.inegi.org.mx/programas/pibent/2022/>
- Maldonado, M., Saucedo, J., Lartigue, T. (enero- marzo, 2008). Cambios fisiológicos y emocionales durante el embarazo normal y la conducta del feto. *Medigraphic*. Vol. 22 (1). Pp. 5-14.
- Navarrete, D. (2015). *La Ciudad Turística Global*. México: Plaza y Valdés Editores.
- Organización Internacional para las Migraciones (OIM). (2024). Seguimiento de Flujos de Población Migrante Ciudad de México, Enero-Marzo 2024.
- Organización Mundial de la Salud. (2010). *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)*. Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS). Traducido y publicado por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida. Disponible en: http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1
- Pérez, E. (s. f. p.). *El control de constitucionalidad y las categorías sospechosas*.

- Rizo, M. (2011, enero – junio). De personas, rituales y máscaras. Erving Goffman y sus aportes a la comunicación interpersonal. *QUÓRUM ACADÉMICO*. Vol. 8 [15]. Pp. 78–94. Universidad de Zulia.
- Secretaría de Gobernación. (2024). *Estadísticas Migratorias. Síntesis 2024*. Unidad de Política Migratoria, Registro e Identidad de Personas. Subsecretaría de Derechos Humanos, Población y Migración. En: <http://www.politicamigratoria.gob.mx/>
- Vargas, A. & Palacios, V. (1990). *Anatomía, Fisiología e Higiene*. México: Continental.
- Segundo Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Civil. (2017, 17 de noviembre). *Prueba pericial en genética. si el infante se opone a su admisión, aduciendo transgresión a sus derechos a la dignidad humana y a la intimidad, y ello origina una colisión entre derechos que pretenden tutelar el interés superior del niño, debe priorizarse su derecho a conocer su identidad biológica sobre éstos*. Semanario Judicial de la Federación, Libro 48, Tomo II
- Tordjman, G. (1975). *Realidades y problemas de la vida sexual*. Barcelona, España: Argos Vergara.
- Vázquez, E. D. (julio-diciembre, 2022). Concepciones biologicistas y teoría de sistemas. Un estudio contextual teórico-conceptual. *Ius Inkarri. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*. V.11(12). En: <https://orcid.org/0000-0001-6845-8294>.
- Villoro, L. (1992). *El pensamiento moderno. Filosofía del Renacimiento*. 2ª. Ed. México: Fondo de Cultura Económica.