

Análisis jurídico de los avances de la maternidad subrogada en México



Legal analysis of the advances of surrogacy in Mexico

Mónica Rossana Zárate Apak^a y
Hilda Mayleth López Cruz^b

^aUniversidad La Salle, México

Directora de la Casa de la Cultura Jurídica en Oaxaca de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Doctorante en Derecho en el Centro de Estudios Jurídicos Carbonell. Es Maestra en Derecho Penal por la Universidad Iberoamericana, Maestra en Comunicación Social y Política y Maestra en Derecho Constitucional y Administrativo por la Universidad La Salle, Oaxaca. Autora y coautora en diversas publicaciones. ccjoaxaca@mail.scjn.gob.mx

^bUniversidad La Salle, México

Responsable de las Maestrías en Fiscal, Derecho Constitucional y Administrativo de la Universidad La Salle Oaxaca. Maestra en Derecho y Derecho Penal, Perito en Dactiloscopia, Grafoscopia, Balística Forense y Documentoscopia, Capacitador Empresarial, Certificada en juicios orales por USAID, Coiler Certificada a Nivel Internacional de la IALU las Universidades de la Salle. Docente de Licenciatura y Posgrado de la Salle Oaxaca, autora y coautora en diversas publicaciones. hilda.lopez@ulsaoaxaca.edu.mx

Cómo citar

Zárate Apak, M. R., & López Cruz, H. M. Análisis jurídico de los avances de la maternidad subrogada en México. *Nomos: Procesalismo Estratégico*, 1(1). Recuperado a partir de <https://revistanomos.uanl.mx/index.php/revista/article/view/5>

RESUMEN

Las nuevas dinámicas familiares que acontecen en México nos obliga a estudiar los aspectos de la maternidad, máxime cuando observamos los matrimonios integrados por personas del mismo sexo en perspectiva de derechos humanos, para lo cual se cuenta con la maternidad subrogada como una posibilidad que les permite acceder y concretar un proyecto de vida que contemple hijos, de igual forma esta figura jurídica les da las mismas posibilidades de maternidad a las personas con problemas de fertilidad, y solteros que buscan hacer realidad los derechos reproductivos, lo cual a la luz de la constitución y el principio de igualdad y no discriminación se cuenta con la posibilidad de realizar de la paternidad o la maternidad. El derecho tiene la obligación de generar buenas condiciones para generar estas realizaciones familiares de forma legal, y, por tanto, que impida la clandestinidad y el mercado negro en cuestiones de sexualidad y reproducción. En suma, la maternidad subrogada permite concretar la maternidad de forma completamente responsable, dado que cuenta con todo el respaldo del Estado de Derecho.

PALABRAS CLAVE: Maternidad subrogada, derechos humanos, derechos reproductivos, maternidad responsable, Estado de Derecho.

ABSTRACT

The new family dynamics that occur in Mexico force us to study the aspects of motherhood, especially when we observe marriages made up of people of the same sex from a human rights perspective, for which surrogacy is available as a possibility that allows them access and realize a life project that includes children, in the same way this legal figure gives the same possibilities of motherhood to people with fertility problems, and singles who seek to make reproductive rights a reality, which in light of the constitution and the principle of equality and non-discrimination is available with the possibility of paternity or maternity. The law has the obligation to generate good conditions to generate these family achievements legally, and, therefore, to prevent clandestinity and the black market in matters of sexuality and reproduction. In short, surrogacy allows motherhood to be carried out in a completely responsible way, given that it has the full support of the Rule of Law.

KEYWORDS: Surrogate motherhood, human rights, reproductive rights, responsible motherhood, Rule of Law.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene como finalidad comentar la importancia que reviste que se reglamente la maternidad gestante en todo el país, es una realidad que hoy en día muchas parejas conformadas por personas del mismo sexo desean formar una familia y la maternidad subrogante es una posibilidad que les permite acceder a concretar ese proyecto de vida, al igual que a tantas personas que tienen problemas de infertilidad o que son solteras o extranjeras, que desean hacer efectivos esos derechos sexuales y reproductivos, constitucionales, conforme al principio de igualdad y no discriminación, por lo que no se les debe excluir de tener la posibilidad de ser padres o madres.

El derecho debe generar las condiciones para que estos nuevos tipos de familia se conviertan en una realidad por la vía legal y de esta forma evitar la clandestinidad, y el mercado negro sexual reproductivo, lo que repercute en más violencia contra las mujeres y niños, porque al no estar regulados estos acuerdos de maternidad gestante se pueden ocasionar graves violaciones de derechos humanos no solo con referencia a la salud reproductiva de las madres o los contratantes, también respecto a los niños producto de la maternidad subrogada que no tienen garantizados su derecho a la identidad, sobre todo cuando esos pequeños nacen con mal formaciones o algún síndrome, nadie se quiere hacer responsable de ellos, por lo tanto, las instituciones dejan de velar porque el interés superior de los niños sea una realidad, al no generar las condiciones para su desarrollo armónico y bienestar en una familia. Solo regulando la maternidad subrogante, las identidades filiatorias que derivan de estos contratos estarán protegidas.

En el presente documento académico se utilizó el método deductivo, analítico y sintético a través del uso de la técnica de recuperación documental. Desarrollándose de la siguiente manera: en una primera parte se tratará sobre los estados que permiten la gestación subrogada, como son Sinaloa y Tabasco y de qué manera la regulan, y de aquéllos que la prohíben como es el caso de San Luis Potosí y Querétaro; en una segunda, se tocará como la Corte Interamericana al resolver el caso *Artavia Murillo vs Costa Rica* reconoció que el derecho a la procreación, también comprendía el acceso a los métodos de reproducción asistida a cualquier persona, en una tercera, se hará referencia a como ha abordado la Suprema Corte

de Justicia de la Nación los casos que se le han planteado sobre maternidad subrogada en el Amparo en Revisión 553/2018 y en la Acción de Inconstitucionalidad 16/2016, y por último cerraré con las conclusiones en donde hago hincapié que tanto el derecho civil como familiar deben responder a los nuevos esquemas de familia que requiere la sociedad en la actualidad siendo más incluyentes y comentaré un caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

I. LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL CÓDIGO FAMILIAR DE SINALOA Y CIVIL DE TABASCO Y LOS CASOS DE SAN LUIS POTOSÍ Y QUERÉTARO

Diversos académicos, como es el caso de Juan Manuel Vázquez Barajas han sostenido la trascendencia de legislar en México en materia de maternidad subrogada desde una perspectiva de progresividad, porque es importante garantizar los derechos humanos a la salud reproductiva de los contratantes, de las mujeres gestantes, a la identidad de las niñas y niños resultado de estos contratos, a la reproducción asistida y a formar una familia sin importar el estado civil, nacionalidad o preferencia sexual. Ya que esta regulación ayudaría a contrarrestar el turismo reproductivo clandestino, abandono de niñas y niños, prevendría muertes maternas por inadecuados procedimientos y se resolverían con mayor certeza jurídica los casos de mujeres gestantes que exigen sus derechos filiales (Zárate Apak, 2021).

En México, a nivel federal no hay regulación en materia de filiación, maternidad o paternidad cuando se aplican Técnicas de Reproducción Asistida, únicamente en los estados de Sinaloa y Tabasco está regulada la maternidad subrogada, sin embargo, sus legislaciones no precisan que tipo de contrato es; admitiéndose la misma a través de la práctica médica, cuando una mujer no pueda concebir o padezca alguna contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero, por lo tanto, se permite que una pareja celebre un acuerdo de voluntades previo con otra mujer, que es la madre gestante para que ésta lleve el proceso de embarazo, portando el embrión que fue previamente fecundado por los padres subrogados y al término entregue al niño que procreó.

Cabe mencionar que el artículo 466 de la Ley General de Salud solamente hace referencia que al que realice una inseminación artificial en una menor de edad o incapaz será acreedor

a pena de prisión y respecto de la prohibición que tiene la mujer casada a otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge.

Tanto en las entidades federativas de Sinaloa como en Tabasco la maternidad subrogada excluye a los extranjeros de esta práctica, a las parejas que no tengan un padecimiento médico que le impida a la mujer gestar, a personas solteras y a las parejas del mismo sexo de su derecho humano a acceder a ser padres y formar una familia. Por lo tanto, pueden resultar discriminatorias ambas legislaciones.

De igual forma el Código Familiar de Sinaloa en su artículo 284 admite ciertas modalidades de subrogación como son: la subrogación total, que implica que la mujer gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos y que después del parto entregue al hijo a los contratantes.

La subrogación parcial se actualiza cuando la gestadora únicamente porta en su vientre el embrión fecundado in vitro que proviene de los contratantes.

La subrogación onerosa que es cuando una mujer acepta embarazarse en lugar de otra, como si fuera un servicio por el cual se paga.

Y por último la subrogación altruista que se da cuando una mujer acepta gestar por cuenta de otra de manera gratuita.

Por lo que hace al Código Civil del estado de Tabasco en el artículo 380 Bis 2., establece como modalidades: la maternidad subrogada y la sustituta. La primera implica que la gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos y que después del parto entregue al recién nacido en adopción plena y la segunda que la gestante sea contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión de la pareja o persona contratante.

Tanto el Código Civil de Sinaloa como el de Tabasco son precisos al señalar una edad mínima y máxima de las mujeres gestantes de 25 hasta 35 años, lo cual beneficia a que no se hagan este tipo de procedimientos a menores de edad y caer en algún supuesto de trata por explotación infantil.

Por otra parte aunque los Códigos Familiar de Sinaloa y Civil de Tabasco no son omisos al proteger los derechos humanos a la salud reproductiva de la madre gestante, al establecer que ésta podrá demandar a los padres intencionales el pago de gastos médicos, en caso de patologías genéticas y las que sean producto de una inadecuada atención y

control médico prenatal y postnatal, solo la legislación Civil de Tabasco contempla la obligación de la madre y padre contratantes de garantizar con una póliza de seguro de gastos médicos, los que se originen en atención del embarazo, parto y puerperio de la gestante.

De igual forma, tanto el Código Familiar de Sinaloa como el Civil de Tabasco establecen que serán acreedores de responsabilidad civil los médicos tratantes que realicen la implantación o fecundaciones de embriones humanos cuando no exista consentimiento ni plena aceptación de las partes que intervienen.

Es importante señalar también que las legislaciones de Sinaloa y Tabasco son puntuales al indicar que la madre subrogada gestante o su cónyuge, solo podrán demandar la paternidad o maternidad y recibir la custodia del producto de la inseminación cuando se acredite la incapacidad o muerte de la madre contratante.

Por otra parte, cabe mencionar que en la legislación familiar de Sinaloa en su artículo 282 se prevé la inseminación post mortem, siempre y cuando se hubiera expresado el consentimiento en vida del disponente primario. Lo cual resulta un criterio progresista.

Cabe puntualizar que tanto Sinaloa como Tabasco prevén mecanismos para tutelar el registro de los niños producto de la maternidad asistida, pero Tabasco es contundente al señalar en su artículo 380 Bis 7., que en el certificado de nacimiento se hará constar que la gestación fue por medio de una técnica de reproducción asistida y que el registro del recién nacido se hará mediante adopción plena.

Resulta fundamental que en todo el país se legisle sobre la maternidad subrogada porque de esta manera se va a contribuir entre otras cosas a tutelar el interés superior de las niñas y niños que son resultado de la reproducción asistida y garantizar de forma idónea su derecho a una familia, a conocer a sus padres, a la filiación, a la nacionalidad, identidad y a ser registrado, tal cual lo mandatan los artículos 4o constitucional, 7o y 8o de la Convención sobre los Derechos del Niño que compromete a los Estados a tutelar y hacer velar estos derechos con vías a un desarrollo adecuado del menor.

Ya que puede ocurrir el caso de que la madre subrogada gestante se niegue a entregar al recién nacido o los padres intencionales del menor de edad no acepten la filiación y se desliguen de las responsabilidades originadas del acuerdo de maternidad subrogada

poniendo en riesgo el estatus legal, el bienestar y desarrollo físico y psicológico del infante, sobre todo cuando se trata de niños que nacen con problemas de salud.

Pues es de importancia prioritaria, por otra parte, evitar al máximo que se comercie con los infantes o que se lleven a cabo adopciones fuera del marco legal o bien que se queden sin registrar, pese a ser un imperativo constitucional, en la práctica se da, por eso es vital que el acuerdo de maternidad subrogada esté reconocido por la ley, también de esa forma se evitará que operen clínicas clandestinas dedicadas a realizar técnicas de reproducción asistida que funcionan sin estar reguladas por la Secretaría de Salud.

Las técnicas de reproducción asistida generalmente no se realizan en los Hospitales Públicos, ya que son costosas por lo que no son una prioridad en la política de seguridad social en el país, quienes tienen acceso a estos métodos son las personas de clase media alta o alta, por lo que los individuos de estrato social bajo quedan discriminados de hacer efectivo su derecho humano a la reproducción asistida para poder integrar una familia.

Existe el riesgo en que, de no legislarse la maternidad subrogada en las demás entidades federativas, mujeres con escasos recursos sean explotadas con fines reproductivos, ya que ante sus necesidades económicas apremiantes se ven obligadas a acudir a este tipo de acuerdos de maternidad subrogada para en algunos casos solventar su situación económica debido a la falta de oportunidades, trabajo y salarios precarios.

Los padres intencionales que solicitan este tipo de prestaciones generalmente tienen una situación económica favorable, es fácil que se aprovechen de las condiciones de vulnerabilidad en que se encuentra la mujer gestante, al estar en desigualdad de contextos, por lo tanto, las madres subrogadas en ocasiones no eligen de manera libre y voluntaria.

Resulta crucial señalar que hay estados como San Luis Potosí que han declarado en su legislación civil, la inexistencia de la maternidad subrogada en su artículo 243 y señalado por tanto, que no producirá efecto alguno o como el estado de Querétaro, en donde, su código civil, en el artículo 400, indica que las parejas adoptantes de embriones no podrán procurar la maternidad asistida, ni contratar el vientre de una tercera mujer para la gestación del embrión; vulnerando ambas entidades, por un lado, los derechos a la salud reproductiva de los involucrados en acuerdos de maternidad substituta y por otro el derecho de identidad de las niñas y niños resultado de estos contratos.

II. LA CORTE INTERAMERICANA EN EL CASO ARTAVIA MURILLO VS COSTA RICA Y LA MATERNIDAD SUBROGADA

La Corte Interamericana en la Sentencia Artavia Murillo vs Costa Rica ya ha reconocido el derecho de acceso a Técnicas de Reproducción Humana Asistida para lograr el nacimiento de un hijo, respecto a parejas con problemas de infertilidad, al ordenar en la sentencia de 2012, en el punto 336 al estado de Costa Rica que las autoridades debían adoptar las medidas para dejar sin efecto con la mayor celeridad posible la prohibición de practicar la fecundación in vitro para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos, es decir, ha reconocido el derecho a la procreación, así como el derecho a la libre determinación respecto al derecho de convertirse en padre y madre en sentido genético o biológico, ya que la salud reproductiva implica también la garantía del acceso eficaz a los métodos de fecundidad de manera segura, dado que el derecho a ser padre o madre, es parte del derecho a la vida privada y autonomía reproductiva y se entiende otorgado a cualquier persona, según el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y el 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Este derecho también está reconocido a las parejas del mismo sexo, por lo tanto, pueden auxiliarse de las técnicas de reproducción asistida para formar una familia y hacer realidad su proyecto de vida.

Es enfático el Protocolo de San Salvador al reconocer por un lado en su artículo 14 inciso b) el derecho de toda persona de gozar de los beneficios del progreso científico y en el numeral 15 inciso 1) el derecho que tiene todo individuo a constituir una familia con independencia de su orientación sexual.

Es importante destacar por otra parte, que la resolución del caso Artavia Murillo como bien señala el Doctor Héctor Augusto Mendoza Cárdenas, también tiene que ver con la desproporcionada interferencia por parte de un Estado en decisiones que inciden sobre la vida personal y familiar de las personas, y como el impacto de estas determinaciones afectan el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos de los gobernados.

Ya el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) ha hecho referencia a que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas

en su vida privada. De lo que se desprende que toda persona es libre de decidir el número de hijos que desea tener, ya sea de manera genética o biológica, porque es parte del ámbito de libertad y vida privada del individuo, por lo tanto, el estado no debe incidir en estas decisiones.

III. LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y LA GESTACIÓN SUBROGADA

El Alto Tribunal en México en resoluciones como el Amparo en Revisión 553/2018 ha determinado factible establecer la filiación de un niño nacido por técnica de reproducción asistida, a través de los mecanismos de reconocimiento, atendiendo al interés superior del niño, porque la mejor manera de tutelar el derecho a su identidad es que éste sea inscrito inmediatamente después del nacimiento, ya que no solo se garantizará que tenga un nombre sino que además se encuentre bajo el cuidado de una familia, por lo tanto, la filiación puede derivarse del acto de reconocimiento al presentarlo en el Registro Civil, en virtud de que el lazo de consanguinidad no es forzoso para llevarlo a cabo.

Lo cual también garantiza el derecho de acceso a la procreación a las parejas del mismo sexo a través de métodos de reproducción asistida, en virtud de que la voluntad procreacional de los padres subrogados resulta fundamental para asumir como propio un hijo, aunque biológicamente no lo sea y con ello aceptar todas las responsabilidades derivadas de la filiación, permitiendo el desarrollo integral del menor y especialmente cuando en los casos de maternidad subrogada concurre la voluntad expresa de la madre gestante de no reclamar los derechos de maternidad respecto del menor y aceptar que los contratantes funjan como padres.

La Suprema Corte de Justicia al resolver en pleno la Acción de Inconstitucionalidad 16/2016 en donde se demandaba la invalidez de diversas disposiciones del código civil de Tabasco, determinó la imperante necesidad de exhortar a los Poderes de la Unión y a los poderes locales para que en ámbito de sus competencias regulen el acceso y las condiciones a la gestación por sustitución de manera integral, tomando en cuenta los derechos constitucionales de todas las partes involucradas, haciendo la precisión, que

el proceso mismo de la gestación, desde el punto de vista de la técnica científica sea competencia federal, al estar vinculado con la disposición de órganos, tejidos y células que están dentro de la esfera de la salubridad general.

Por otra parte, la SCJN reconoció la competencia a las entidades federativas para reglamentar las consecuencias civiles del contrato de gestación por sustitución, una vez nacido el niño, tales como la filiación, paternidad y las demás que se deriven.

IV. CONCLUSIONES

Es de suma importancia que la maternidad subrogada quede reglada de manera integral, es decir que las condiciones de salubridad de la técnica científica sean establecidas de manera puntual por la Ley General de salud, como ya se pronunció la SCJN, de igual forma que los códigos civiles y familiares de los estados, homologuen sus legislaciones para mayor certeza jurídica, que se les reconozca la competencia para regular los temas subyacentes de filiación, parentesco, patria potestad, custodia, alimentos, derechos sucesorios y los que deriven de la gestación subrogada, con el objeto de proteger de mejor forma la salud, los derechos reproductivos de la mujer subrogada y demás contratantes, así como el derecho a la identidad y a conocer los orígenes genéticos de los infantes producto de la gestación, con la finalidad de evitar la venta y el abandono de niñas y niños y que esta técnica de reproducción asistida se practique en la clandestinidad, previniendo muertes maternas por procedimientos médicos inadecuados y un aspecto muy importante, es que en los casos de que las mujeres gestantes quieran demandar sus derechos filiales puedan hacerlo, que no se queden en estado de indefensión porque la ley no se los permita o sea omisa al respecto.

El derecho civil y familiar deben responder a los nuevos esquemas de familia que requiere la sociedad, por lo mismo, debe ser más incluyente, no puede ser estático, sobre todo por la presión que ejerce el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a través de la Corte Interamericana y sus criterios jurisprudenciales, que se caracterizan por ser extensivos y evolutivos en defensa de los derechos de la persona, línea que ha seguido la Suprema Corte de Justicia en México. El derecho debe abonar a la construcción de

estas formas de multiparientalidad.

De lo que se trata es de tutelar los derechos constitucionales y reproductivos de los involucrados en los procesos de gestación subrogada para que a través de la maternidad subrogada se les permita integrar familias a individuos con problemas de infertilidad, extranjeros, solteros, parejas del mismo sexo con base en el principio de igualdad y no discriminación.

La gestación subrogada debe ser una opción viable y accesible para todos para acceder a ser padres o madres, por lo mismo, este acuerdo de voluntades informado y libre entre los contratantes debe incorporarse a la ley como una prestación de un servicio que brinda la madre gestante, siendo éste el objeto del contrato y no la entrega del menor con lo cual se eludiría, la comercialización de los niños, la renta de los úteros y el turismo reproductivo clandestino, por lo tanto, se deben permitir los contratos onerosos y gratuitos.

Es importante que se respete la autonomía y libre determinación de las mujeres y especialmente de las subrogantes, sobre el derecho a decidir qué hacer con su cuerpo, la solución no es imponer una prohibición sobre la maternidad subrogada, todo lo contrario, regular para proteger de mejor manera los derechos de estas mujeres gestantes, de todos los involucrados y especialmente de los niños producto de estos métodos de reproducción asistida que quedan en una situación muy vulnerable cuando no se reconocen ni reglamentan este tipo de contratos en la ley o aún más cuando se impiden en la legislación, porque en caso de que se ejecuten y sean del conocimiento de la autoridad competente la carga de la punición se dirige a la gestante.

En aras de la protección a la familia y del interés superior del menor se debe ponderar en la gestación subrogante, la voluntad procreacional de los padres subrogados para asumir como propio un hijo, que biológicamente no lo es y arrogarse todas las responsabilidades derivadas de la filiación.

En un estado constitucional democrático, el más Alto Tribunal debe seguir fomentando los cambios que demanda la sociedad impulsando las reformas legales y constitucionales necesarias para que las personas que deseen hacer uso de la maternidad subrogada en México puedan hacerlo sin impedimentos.

Por otra parte, es importante comentar los criterios que ha adoptada a la fecha, el Tribunal

Europeo de Derecho Humanos sobre la maternidad subrogada, en la sentencia de 18 de mayo de 2018 al pronunciarse en el caso Valdís Fjölnisdóttir y otros contra Islandia (Demanda núm. 71552/17) sobre el reconocimiento de la filiación derivada de un contrato de gestación subrogada, que involucró a una pareja casada del mismo sexo que con posterioridad se divorció.

Este asunto tiene como origen la negativa de las autoridades nacionales a reconocer la relación establecida de acuerdo con la legislación extranjera al estar prohibida esta práctica en la normativa nacional.

La decisión destaca tres aspectos. Primero, la regla *mater semper certa est*, respecto a que la maternidad siempre se determina por el parto, es decir, que la madre siempre es conocida. Segundo que el tribunal enfoca la gestación por sustitución en clave de género y el tercero es el voto particular emitido por el Juez P. Lemmes, que desmitifica la relevancia del parentesco biológico como elemento clave del respeto de la vida privada y familiar que consagra el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En este caso las autoridades registrales de Islandia denegaron la solicitud de inscripción de un menor nacido en los Estados Unidos de una madre subrogada lo cual repercutió en que dicho menor no tenía derecho de adquirir la nacionalidad islandesa en virtud de la Ley n° 100/1952 sobre la ciudadanía. Por tal motivo las demandantes recurrieron dicha decisión ante el Ministerio del Interior. El menor fue considerado menor extranjero no acompañado en Islandia, por lo que el Comité de protección de menores del municipio donde residían las demandantes, asumió su custodia legal, nombró una tutora legal y autorizó el acogimiento temporal del mismo a favor de las demandantes.

El 27 de marzo de 2014 el Ministerio del interior confirmó dicha decisión. Como consecuencia las demandantes solicitaron su anulación que fue rechazada por el Tribunal de Distrito al considerar que, bajo los principios fundamentales del Derecho de Familia islandés, la mujer que dio a luz a un niño debía de ser considerada la madre del menor. Acto seguido las demandantes recurrieron dicha decisión ante el Tribunal Supremo, el cual, mediante sentencia de 30 de marzo de 2017, confirmó la desestimación de la inscripción del menor en el Registro Civil islandés al considerar que no procedía reconocer dicho vínculo familiar porque se había establecido de forma contraria a los principios fundamentales del

Derecho de familia islandés. Sin embargo, al menor se le concedió la nacionalidad islandesa.

Estando este procedimiento pendiente, las demandantes se divorcian y el acuerdo de acogida del menor queda sin efecto, por lo que se celebra uno nuevo para que el menor pase a ser acogido alternativamente por las demandantes durante un año. Sin embargo, dado que la legislación interna solo permite acuerdos de acogida temporal de hasta dos años, el menor fue acogido de forma permanente por una de las demandantes.

Las demandantes recurrieron ante el TEDH alegando la vulneración al derecho a la vida privada y familiar establecido en el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos que, igual que sucedió en el asunto Paradiso y Campanelli, donde a los demandantes se les negó el reconocimiento de la relación paterno-filial establecida en el extranjero por considerar que no existían vínculos genéticos entre el menor y los comitentes. Por ello la primera cuestión que se planteó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es si existía o no vida familiar alguna que debía ser protegida llegando a la conclusión de que no había duda sobre la existencia de dicho vínculo a la luz de los estrechos lazos afectivos forjados durante las primeras etapas de la vida del menor.

Considerando que la negativa a reconocer a las comitentes como las progenitoras del menor, a pesar del certificado de nacimiento californiano, suponía una injerencia en el derecho a la vida familiar. Ocupándose de examinar si la negativa de inscribir al menor en el Registro Civil constituía una medida justificada. El TEDH se apoyó en los argumentos esgrimidos por el Tribunal Supremo islandés para rechazar dicha inscripción que establecían que solo la mujer que da a luz a un niño tras la fecundación artificial puede ser considerada su madre, y por lo tanto, las demandantes no podían ser consideradas como progenitoras del menor. El TEDH al resolver consideró que esta interpretación no era arbitraria, concluyendo que la negativa a reconocer dicha negación tenía una base jurídica suficiente. El TEDH se posiciona sobre la regla *mater semper certa est* que refiere que la maternidad siempre se determina por el parto y que la madre siempre es conocida, y bajo esta premisa limita el reconocimiento de la diversidad familiar contemporánea.

El gobierno islandés en este caso argumentó en sus alegatos que la prohibición de la maternidad subrogada sirve para proteger los intereses de las mujeres que podrían ser presionadas a participar en la maternidad subrogada, así como los derechos de los niños a

conocer a sus padres naturales. Partiendo de dichas consideraciones el TEDH señaló que la negativa a reconocer la filiación persigue el objetivo legítimo de proteger los derechos y libertades de los demás. Reconociendo que, aunque dicha negativa a afectado la vida familiar de los demandantes, también lo es que disfrute de esa vida familiar ha quedado salvaguardado con el acuerdo de acogida permanente.

El TEDH concluyó que el no reconocimiento de un vínculo parental formal, confirmado por la sentencia del Tribunal islandés, logra un justo equilibrio entre el derecho de los demandantes al respeto a su vida familiar y los intereses generales que el Estado pretendía proteger mediante la prohibición de la maternidad subrogada. Considerando que el Estado actuó dentro del margen de apreciación que se le concede, afirmando que no se violó el art.8 de la Convención Europea de Derechos Humanos en lo que respecta al derecho de los demandantes con relación a su vida familiar.

Es importante resaltar que esta decisión confirma la libertad de que gozan los Estados miembros de la Unión Europea para regular las consecuencias jurídicas de los contratos de gestación subrogada en sus territorios.

Por otra parte, juristas como la Doctora Nuria Mercha Escalona consideran que el Juez P. Lemmens al emitir su voto particular dio un paso importante para desmitificar la relevancia del vínculo genético para apreciar el interés del menor, así como también para que los estados habiliten la vía oportuna para que el menor pueda vivir con los comitentes. Pues el impacto negativo de la falta de reconocimiento de la filiación surgida como consecuencia de la maternidad es igual para todos los niños nacidos por gestación subrogada en el extranjero con independencia de si existe o no vínculo biológico con los comitentes. Menciona también que, aunque la adopción es un medio alternativo, no siempre ofrece una solución válida, como ocurre en el presente caso, pues al divorciarse las comitentes, la adopción conjunta no es una posibilidad factible. Es importante destacar en la presente resolución que este voto abre la posibilidad para el reconocimiento de la filiación de aquellos menores nacidos de vientres de alquiler que no tienen vinculación genética alguna con el o los comitentes.

Al respecto es importante resaltar que hasta la fecha el TEDH no se ha pronunciado de manera puntual y precisa sobre los contratos de maternidad subrogada limitándose

solamente a reconocer que ésta es una materia sobre la que no existe consenso y, por lo tanto, tienen una amplia capacidad de decisión los Estados. Afirmando dicho Tribunal que entre sus funciones no está la de sustituir los criterios adoptados por las autoridades nacionales.

Por lo que los fallos del TEDH se han enfocado en su gran mayoría, en las cuestiones jurídicas que se plantean en los supuestos de maternidad subrogada acordada conforme a la legislación extranjera por nacionales de un Estado que la prohíbe y sobre el reconocimiento de la filiación derivada de estos acuerdos en los países de origen de los padres de intención.

El TEDH tiene presente que el libre reconocimiento de estas filiaciones supondría dejar sin efecto la prohibición de las legislaciones nacionales sobre la maternidad gestante y es un paso que no se ha atrevido a dar, por lo que hasta el momento ha valorado en cada caso las circunstancias en la que ésta se presenta como son: la existencia o no de una relación biológica entre el menor y alguno de los padres de intención y el tiempo efectivo de convivencia para conformar vida de familia y otras consideraciones más para emitir un fallo.

TRABAJOS CITADOS:

Amparo Directo en revisión, 553/2018, resuelto por la Primera Sala en sesión de 21 de noviembre de 2018, por unanimidad de cinco votos de los señores Ministros José Ramón Cossío Díaz, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Mario Pardo Rebolledo, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Norma Lucía Piña Hernández, pp. 61-62.

Código Civil del Estado de Querétaro

Código Civil del Estado de Tabasco

Código Familiar del Estado de Sinaloa

Código Familiar del Estado del San Luis Potosí

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Convención sobre los Derechos del Niño

Ley General de Salud

Marchal Escalona, Nuria, “La última y novedosa decisión del tribunal europeo de derechos

humanos sobre la maternidad subrogada”, *Legal Today*, España, 26 de julio de 2021, *Derecho Civil, Familia*. Disponible en <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-civil/familia/la-ultima-y-novedosa-decision-del-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-sobre-la-maternidad-subrogada-2021-07-26/>.

Mendoza Cárdenas, H.A. (2018). *Impacto Jurídico de la sentencia Artavia Murillo Vs Costa Rica para México en Materia de Reproducción Humana Asistida*”, en Capdevielle, Figueroa Mejía, Medina Arellano (Coord), “Bioética y decisiones judiciales, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM”, 164.

Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”.

Vázquez Barajas, J. M. (2020). Maternidad subrogada en México: regulación, problemática y reconocimiento como un derecho humano. *Revista De Derecho Privado*, 1(15), 3–30. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487902e.2019.15.15207>

Versión Taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada a distancia el lunes 7 de junio de 2021 en donde se resolvió la Acción de Inconstitucionalidad 16/2016. Aprobada por unanimidad de votos de los Ministros José Fernando Franco González Salas, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Luis María Aguilar Morales, Jorge Mario Pardo rebollo, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Alberto Pérez Dayán, Norma Lucía Piña Hernández, Javier Laynez Potisek, Juan Luis González Alcántara Carrancá, Yasmín Esquivel Mossa ,Ana Margarita Ríos Farjat, pp 13, 24 y 25.

Zárate Apak, M. (2021). *Análisis jurídico de los avances de la maternidad subrogada en México*, Columna al margen. (23 de diciembre de 2021), <https://columnaalmargin.mx/2021/12/23/analisis-juridico-de-los-avances-de-la-maternidad-subrogada-en-mexico/>