

La libertad reproductiva como fundamento para el acceso a la maternidad subrogada

Christian Lizárraga Félix

Introducción

Con el avance de la tecnología en el ámbito de la reproducción humana asistida, han surgido nuevos dilemas morales respecto a su acceso, generando polémicos debates en el ámbito académico, político, filosófico y legal.

En la actualidad, la técnica de reproducción humana asistida que mayores conflictos genera, es la maternidad subrogada; es decir, la participación de una mujer para gestar a un hijo cuya filiación se le atribuirá a la persona o personas contratantes.

En el aspecto técnico, la maternidad subrogada no implica mayor complejidad que una fecundación *in vitro*, sin embargo, en el ámbito moral, filosófico y jurídico sí conlleva una serie de cuestionamientos que suelen encender las discusiones en el seno de la sociedad, ello explica la falta de consenso respecto a esta figura.

Los estados pueden asumir tres posturas sobre maternidad subrogada: prohibir, legislar o bien no contemplar ninguna norma en torno a ella. En nuestro país, se ha optado por la última postura, salvo algunas excepciones que han venido desde las legislaturas de las entidades federativas.

En el presente trabajo asumimos la postura de pugnar por una legislación acorde a las características particulares de la maternidad subrogada, puesto que ni la prohibición ni la ausencia de normas brindan un marco legal que proteja a las personas que intervienen en esta práctica, tal y como ha quedado demostrado tanto en nuestro país como en el plano internacional.

Incluso desde la perspectiva de los derechos humanos podemos encontrar directrices que guíen la futura legislación de la maternidad subrogada, toda vez que se vulneran diversos derechos humanos de las personas al negar el acceso a esta técnica, que permite reproducirse a aquellas personas que la esterilidad se los había negado.

Aspectos generales de la maternidad subrogada

La maternidad subrogada, al igual que las demás técnicas de reproducción humana asistida, coadyuva con aquellas personas que tienen algún padecimiento de esterilidad o infertilidad, en específico para aquellas mujeres que son incapaces de gestar un hijo en su propio vientre, ya sea porque se han sometido a una histerectomía, o bien porque existe imposibilidad de llevar a cabo el embarazo hasta el alumbramiento, incluso cuando no sea recomendable en razón de que sería probable que transmitieran alguna enfermedad a su hijo o comprometa la salud de la madre.

Así, la maternidad subrogada es una técnica de reproducción humana asistida, en la cual participa una mujer denominada gestante, quien acuerda con otra u otras personas llamadas comitentes, gestar un embrión que al momento de su nacimiento se considerará hijo de estos últimos y no de la gestante.

Esta última podrá o no recibir una retribución por el embarazo, dependiendo de lo pactado por las partes, que generalmente queda formalizado en un contrato (Lamm, 2013: 149).

De tal manera que la maternidad subrogada puede asumir distintas modalidades. Si tomamos como punto de partida el acceso a esta técnica, podemos concluir que podrá recurrirse a ella por personas solas o unidas en matrimonio o concubinato.

Respecto a personas solas debemos precisar que forzosamente un hombre que quiera reproducirse necesitaría recurrir a esta técnica, mientras que una mujer podría hacerlo en virtud de incapacidad para gestar o bien por no considerar pertinente embarazarse, ya sea por razones estéticas o privilegiar su desarrollo profesional, entre otros motivos.

Cuando las personas que decidan participar en un proceso de maternidad subrogada estén unidas en matrimonio o concubinato, también encontramos dos vertientes, es decir, que se permita el acceso tanto a parejas heterosexuales como homoparentales, puntualizando que si la pareja homoparental es de dos varones necesariamente tendrían que auxiliarse de esta técnica para fundar una familia.

En cuanto al carácter de la maternidad subrogada podemos clasificarla en altruista y onerosa. Adoptará la modalidad altruista cuando la mujer gestante no recibe una retribución por su servicio, sino simplemente una compensación por las pérdidas o perjuicios que le haya ocasionado someterse a este contrato. Generalmente, en estos casos existe una relación de amistad o familiar previa a la celebración del contrato.

La maternidad subrogada altruista suele ser un punto intermedio entre aquellas posturas que pugnan por su prohibición y las que procuran su regulación, incluso se asegura que no podría ser considerado un contrato ilícito, puesto que no vulneraría la moral ni las buenas costumbres, por lo que no habría nada censurable en este acuerdo (Pantaleon, 1993: 134).

Sin embargo, se ha señalado que en ningún momento esta figura tendrá un matiz altruista, en virtud de que, aún en esta modalidad, la gestante recibe una cantidad de dinero por el servicio prestado (Lopez Faugier, 2011: 123).

No debe perderse de vista que, en realidad, la cantidad de dinero que recibe la gestante es en compensación de las molestias, pérdidas o perjuicios que le haya causado el embarazo, lo cual desde ninguna perspectiva es incorrecto, sino por el contrario, los comitentes consiguen su anhelo de convertirse en padres gracias a la participación de ella, atendiendo a esto, lo justo es que al menos se le compensen las molestias que se le causó.

En la maternidad subrogada onerosa, la gestante además de recibir una cantidad de dinero en calidad de compensación por las pérdidas y perjuicios que sufre como consecuencia del embarazo, también percibe una cantidad de dinero como contraprestación por el servicio brindado a los padres comitentes.

En este sentido, dicha figura adoptaría el matiz de una actividad retribuida como si fuera una prestación de servicios; es decir, de alguna manera la gestante estaría lucrando con su capacidad reproductiva.

Tomando en consideración la relación genética de la gestante con el menor, esta puede adoptar la forma de maternidad subrogada gestante, en ella, la mujer sólo aporta la gestación del embrión, pero no sus óvulos, estos son aportados por la comitente —si es que hay o puede hacerlo— o bien por una donante.

En el caso del gameto masculino, de igual manera puede ser aportado por el comitente o bien por un donador. En este tipo comúnmente se recurre a la fertilización *in vitro* para conseguir la procreación.

Por otro lado, la mujer gestante puede aportar también los gametos necesarios para la fecundación, es decir, su labor no se limita solamente a gestar al niño para luego entregarlo, sino que compartirá un vínculo genético con el mismo.

En cuanto al semen necesario para la fecundación, éste podrá provenir del comitente o de un donante, en cuyo caso los comitentes no aportarían material genético, por lo que no tendrían ningún vínculo biológico con el niño que nazca; evidentemente, en este supuesto los comitentes no estarían ejerciendo su libertad reproductiva, puesto que en realidad están adoptando un embrión.

La libertad reproductiva y la maternidad subrogada

Como fundamento para el acceso a la maternidad subrogada podemos encontrar diversos derechos humanos que se suelen vulnerar con la prohibición de esta técnica. En primer lugar, podemos argumentar que negar la posibilidad de recurrir a la maternidad subrogada atenta contra la libertad reproductiva de las personas.

El artículo 4 constitucional señala que la libertad reproductiva es un derecho que tenemos todas las personas para decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de los hijos. Así, la libertad reproductiva debe ser entendida como:

[Una] libertad que reconoce, protege y garantiza la autonomía física y de voluntad de las personas; que le permite al hombre o a la mujer decidir libremente sobre tener o no hijos y el espaciamiento de los mismos, ya sea por la vía natural o por medio de las técnicas de reproducción asistida (Pérez, 2012: 131).

Hoy en día no es necesario que aquellas personas que han decidido procrear ejerzan esta libertad de forma conjunta con su pareja, toda vez que, con la aparición de los donadores de gametos masculinos y femeninos, la persona puede reproducirse sin la necesidad de un encuentro sexual, la procreación se lleva a cabo en el laboratorio y la persona que donó dichos gametos ha renunciado previamente a asumir los deberes que implica su participación en la formación de una nueva vida.

La libertad reproductiva abarca tanto componentes negativos, como positivos.

En primer término, requiere una conducta negativa por parte del estado, consistente en la no intromisión en las decisiones personales que tienen relación con la reproducción de las personas. Por otro lado, la libertad reproductiva engloba prestaciones de carácter positivo que tiene que emprender el estado en beneficio de las personas, tales como proporcionar la información adecuada para que los individuos puedan tomar la mejor decisión para sus intereses, facilitar el acceso a los servicios relacionados con la planificación familiar y reproducción asistida, cuando existe algún padecimiento que imposibilita la misma por los medios naturales, etcétera.

La libertad de procrear es un “derecho de carácter defensivo —derecho negativo— más que como un derecho positivo frente al estado. En concreto, el derecho a procrear emerge con fuerza como vertiente fundamental del derecho a la toma de decisiones sobre la propia existencia vital” (Alkorta, 2006: 12).

Coincidimos con la postura de asimilar la libertad reproductiva como un derecho, cuyo alcance es de carácter negativo ante el estado; es decir, este tiene la obligación de no intervenir en la esfera privada del ciudadano respecto a decisiones que tienen relación con la procreación, garantizando que serán las personas quienes evaluarán las distintas alternativas para su plan de vida, tomando la determinación que mejor convenga a sus intereses.

El derecho a la libertad reproductiva es expresión de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad, derecho que no puede ser restringido arbitrariamente o sin justificación suficiente por los poderes públicos (Brena, 2004: 17).

De tal manera, se encuentra comprendido en la autonomía de la voluntad, entendida como la posibilidad de decidir libremente acerca del plan de vida de una persona, en el cual no puede entrometerse ninguna otra persona ni mucho menos el estado, por lo que será la persona quien decida de acuerdo a sus necesidades y convicciones, el momento y la manera de reproducirse, pudiendo auxiliarse de las técnicas de reproducción asistida que el avance tecnológico le ofrezca.

El derecho a la reproducción, como derecho fundamental, es una prerrogativa que posee la persona por el hecho mismo de ser persona, por su propia naturaleza y dignidad; derecho que le es inherente y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, ha de ser por ésta consagrado y garantizado.

La determinación de reproducirse o no, constituye un aspecto relacionado con la intimidad de la persona, digno de protegerse por parte del estado, en esta tesitura es que debemos avanzar en la configuración de esta libertad reproductiva con miras a integrar los avances de la tecnología en este ámbito.

En algún momento fue suficiente admitir la libertad de las personas para elegir el número y espaciamiento de sus hijos; sin embargo, la ciencia progresa a pasos agigantados y el derecho debe adecuarse a esos cambios, aún más cuando se trata de tutelar derechos de tanta trascendencia para las personas, como aquellos que tienen que ver con la reproducción. En una sociedad que se jacte de democrática debe respetarse al máximo la autonomía procreativa.

De tal suerte que, debemos dejar claro que el acceso a la maternidad subrogada encuentra su fundamento en la libertad reproductiva, toda vez que forma parte de la esfera privada de las personas el decidir la manera de reproducirse, no debiendo obstaculizarse por argumentos de carácter moral o ético.

Panorama legislativo de la maternidad subrogada en México

Ante la ausencia de normas en torno a la maternidad subrogada en el ámbito federal, han sido las entidades federativas en dar el primer paso para manifestar una postura sobre esta figura.

El hecho de que sean los códigos civiles y familiares de las entidades federativas los que estén regulando la maternidad subrogada provoca un marco normativo heterogéneo que no contribuye en lo absoluto a brindar certeza jurídica a las personas que habitan el territorio nacional.

Así, tenemos respuestas diametralmente opuestas respecto a la maternidad subrogada, dependiendo de la entidad federativa en que habiten las personas, lo cual es poco deseable, toda vez que advertimos que esta figura implica el ejercicio del derecho a fundar una familia, la libertad reproductiva, el derecho a la salud y en general el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Las entidades federativas que han establecido normas relativas a la maternidad subrogada son las siguientes: Tabasco, Sinaloa, Colima, Querétaro y San Luis Potosí.

Tabasco fue en 1997 la primera entidad federativa que reguló la maternidad subrogada y sustituta. Optando por sustentar los acuerdos de maternidad subrogada bajo la figura del contrato, sin embargo, no legisló detalladamente las características y elementos que debía reunir este acto jurídico.

El 13 de enero de 2016 se publica la reforma al código civil de Tabasco donde agrega el capítulo VI bis denominado “De la gestación asistida y subrogada”. Así se subsana la carencia de normas jurídicas, toda vez que anteriormente esta figura se regulaba en un solo artículo.

La maternidad subrogada o gestación por contrato como la denomina el código civil de Tabasco sólo se podrá acceder como remedio para el caso de que la mujer contratante no pudiera desarrollar el embarazo en su cuerpo.

De igual manera establece dos modalidades de la “gestación por contrato”. La subrogada implica que la gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos y que, después del parto, entregue el recién nacido, que para lograr que se fije la filiación en favor de los padres comitentes deberá recurrirse a la adopción plena.

En este caso la madre gestante es también la madre genética del menor, asemejándose a la entrega de un hijo propio por una cantidad de dinero, en razón de ello es deseable que la gestante jamás aporte su ovulo.

Mientras que asume la modalidad de sustituta cuando la gestante sea contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión obtenido por la fecundación de gametos de la pareja o persona contratante.

En este último caso la filiación queda fijada desde el momento en que se celebra el contrato de maternidad subrogada y es aprobado por un el juez, por lo que no debe tramitarse adopción alguna.

Es realmente lamentable el desconocimiento de la naturaleza jurídica propia que posee la maternidad subrogada. En todas las técnicas de reproducción humana asistida (la maternidad subrogada no es la excepción), el factor determinante de la filiación no es el elemento genético, sino la voluntad procreacional; es decir, no será considerado padre aquella persona que comparta un vínculo genético con el menor, sino aquella persona(s) que hayan manifestado la voluntad de asumir las responsabilidades inherentes a la maternidad o paternidad.

No puede asimilarse la maternidad subrogada a la adopción, puesto que poseen naturaleza jurídica, características y supuestos distintos.

A este efecto señala Martínez-Martínez (2015: 373) que a la adopción “la guían los principios de gratuidad, no negociabilidad, protección del interés superior, remediabilidad, subsidiariedad, judiciabilidad y protección del derecho de identidad del adoptado, los cuales son inexistentes en la maternidad subrogada”.

En el artículo 380 bis 3 se establecen los requisitos que debe reunir la madre gestante, los cuales podríamos resumir de la siguiente manera:

- a. Deberá cumplir el perfil clínico, psicológico y social, previamente a su contratación, para comprobar que su entorno social sea estable, libre de violencia y su condición física y psicológica sea favorable para el adecuado desarrollo de la gestación.
- b. No padecer alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía.
- c. Tener entre 25 y hasta 35 años de edad.
- d. Buena salud biopsicosomática.
- e. Se le debe informar plenamente acerca del proceso al que se someterá con anterioridad a manifestar su consentimiento.
- f. No haber estado embarazada durante los trescientos sesenta y cinco días previos a la implantación de la mórula que deberá acreditar mediante dictamen médico expedido por una institución oficial de salud.
- g. No haber participado en más de dos ocasiones como madre gestante.

El notario público ante el cual se celebra el contrato de maternidad subrogada deberá notificar a la Secretaría de Salud y al Registro Civil del estado la celebración de dicho contrato, remitiendo copia certificada del instrumento suscrito por las partes. Esto último con la finalidad de tener en cuenta a los comitentes como los padres del menor.

Cabe precisar que ello no tendría sentido en el caso que la gestante haya aportado también su óvulo, toda vez que deberá tramitarse la adopción plena por parte de los comitentes, en cuyo caso habría que esperar la resolución de esta para considerar constituido el vínculo filial.

Lo anterior nos permite reflexionar sobre el supuesto que la gestante se negara a entregar al menor y por lo tanto no otorga su consentimiento para que este sea adoptado.

Con base en procurar una mayor certeza jurídica, parece oportuno consagrar la irrevocabilidad del consentimiento en los convenios de maternidad subrogada; es decir, los comiten-

tes tienen que hacerse cargo del menor, independientemente de cualquier circunstancia que pudiera surgir con posterioridad a la celebración del convenio.

Por otro lado, la gestante debe tener claro que, al momento de concluir el embarazo con el nacimiento del menor, este debe ser entregado a los padres comitentes, toda vez, que desde el momento de la suscripción del contrato la filiación ha quedado determinada, son ellos los padres del menor y no la mujer gestante.

A pesar de las fallas que tiene la legislación de Tabasco, es importante que se haya dado a la tarea de regular el contrato de maternidad subrogada y los efectos que este produce en la esfera jurídica de las personas.

En Sinaloa también se regula la figura de la maternidad subrogada. En cuanto a las modalidades, al igual que Tabasco, establece que la gestante puede aportar su óvulo o solamente la gestación. Sin embargo, a diferencia de la legislación civil tabasqueña, en Sinaloa, la filiación queda determinada en favor de los comitentes desde el momento de la firma del instrumento de maternidad subrogada. Así, aun cuando la gestante sea también la madre genética del menor, no será necesario tramitar la adopción para que se constituya el vínculo filial, sino que estará determinado desde el momento de la fecundación.

En el estado de Sinaloa se establece expresamente que esta puede adoptar la modalidad altruista u onerosa; es decir, será onerosa cuando una mujer acepta embarazarse en lugar de otra, tal y como si se tratase de un servicio, por el cual se paga una cantidad cierta y determinada, además de los gastos de la gestación.

En Tabasco no se establece las modalidades que puede asumir, por lo que aplicando el principio que señala que todo aquello que no está expresamente prohibido se considera permitido, debemos concluir que de igual manera pueden celebrarse convenios de maternidad subrogada onerosa.

Por otro lado, asume la variante de subrogación altruista "cuando una mujer acepta gestar por cuenta de otra de manera gratuita". Es preciso señalar que cuando habla de gratuidad de la maternidad subrogada no implica que los comitentes no erogan ningún pago, sino que solamente se limitan a cubrir los gastos in-

herentes al embarazo, así como los perjuicios que se le producen a la gestante por someterse al embarazo.

El acceso a la maternidad subrogada en Sinaloa es amplio, ya que podrán optar por esta práctica tanto una pareja como una persona sola. De tal suerte que se abre la posibilidad de que un varón o mujer solteros ejerzan su libertad reproductiva como parte del libre desarrollo de la personalidad de manera efectiva, pudiendo formar una familia sin necesidad de tener una pareja estable.

La legislación civil del estado de Colima contempla la posibilidad de que los padres comitentes de un convenio de maternidad subrogada puedan adoptar plenamente al niño que hubiese nacido como consecuencia de dicha práctica.

Al respecto, señala el Código Civil para el estado de Colima:

Artículo 410-B.- Sólo podrán ser adoptados en forma plena:

1. El producto de un embarazo logrado como consecuencia del empleo de inseminación artificial o fertilización *in vitro* con la participación de una **madre sustituta** que haya convenido con los presuntos padres darlo en adopción.

A pesar de contemplar la posibilidad de que los padres comitentes puedan solicitar la adopción del menor que nazca como consecuencia de la participación de una madre sustituta, ello no termina de resolver los problemas derivados de esta práctica.

Es lamentable que solamente se haya dispuesto de una norma para la maternidad subrogada, puesto que se omite regular el convenio en el cual deberá formalizarse esta práctica.

De igual manera, es completamente erróneo aplicar las normas de la adopción para resolver las cuestiones relacionadas con la maternidad subrogada, como lo manifestamos anteriormente. En tal tesitura, el cumplimiento del convenio queda a voluntad de las partes, lo cual es inadmisibles puesto que sólo contribuye a generar incertidumbre jurídica, además que podría detonar un cumulo de disputas judiciales por la filiación de los menores nacidos como consecuencia de esta figura.

La legislatura de San Luis Potosí en lo concerniente a la maternidad subrogada, sanciona con inexistencia el contrato de "maternidad substituta" y por lo mismo no produce efecto legal alguno. Agregando que, si un embrión fuese implantado en una

mujer distinta a la cónyuge o concubina, la maternidad se le atribuirá a la primera.

En Querétaro, la maternidad subrogada se prohíbe de manera indirecta, puesto que el ordenamiento queretano en el artículo 399 permite la adopción de embriones, la cual define como el procedimiento mediante el cual, un embrión, fruto del óvulo de una mujer y del espermatozoide de un hombre, es transferido al útero de otra mujer para completar el ciclo necesario de su gestación y posterior nacimiento, con el fin de ser considerado hijo de ella, de ella y de su cónyuge o de ella y de su concubino.

Sin embargo, en el siguiente numeral señala que las parejas adoptantes de embriones no podrán procurar la maternidad asistida o subrogada, ni contratar el vientre de una tercera mujer para la gestación del embrión. De tal suerte que el elemento que determinará la maternidad es el parto.

Criterio de la SCJ respecto a maternidad subrogada

El 21 de noviembre de 2018, por unanimidad de votos, la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) concedió un amparo a una pareja homoparental para efectos de que el Registro Civil de Yucatán inscribiera a su hijo, concebido a través de la maternidad subrogada, con el apellido de sus padres. Con este fallo trascendental se dio un paso más hacia la regulación de la maternidad subrogada en nuestro país.

En el amparo se discute si la pareja de varones que recurrió a la maternidad subrogada en el estado de Yucatán tenía derecho a inscribir como suyo al menor nacido a través de esta técnica, lo que en un primer momento le fue negado por la autoridad del Registro Civil en el estado.

Respecto al fondo de la sentencia dictada en el amparo en revisión, 553/2018, la corte empieza realizando un análisis sobre si debe reconocerse el derecho a la procreación mediante el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida a parejas de matrimonios homosexuales, concluyendo que efectivamente fundamentado en el artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que prevé el mandato de que la ley proteja el desarrollo y organización de la familia, de igual manera que se reconoce el

derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos.

Robustecido con la jurisprudencia donde el mismo tribunal precisó que el concepto de familia que ordena la constitución se proteja, no se identifica ni se ve limitado a un solo tipo de familia, sino que, en el contexto del estado democrático de derecho, con la pluralidad como base, debe entenderse que la norma constitucional se refiere a la familia como realidad social, por lo que tutela todas sus formas y manifestaciones.

En lo particular, respecto al derecho de toda persona para decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos, asegura debe considerarse comprendido en el ámbito de libertad y la vida privada de las personas, por lo que el estado no debe imponer injerencias arbitrarias, concluyendo que dentro de esta libertad queda comprendido el derecho a decidir procrear un hijo.

Aunado a lo anterior, señala que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos referente al derecho a la vida privada y a la familia en el sentido de que constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social en consonancia con sus propias opciones y convicciones, abarcando este derecho la decisión de ser o no padre o madre, así como la posibilidad de serlo en el sentido genético o biológico.

En este sentido, asevera la Corte que el derecho a convertirse en padre o madre se tiene dado a toda persona, sin distinción de preferencia sexual, por lo que debemos reconocer el derecho a las parejas homosexuales para acceder a los adelantos de la ciencia en materia de reproducción asistida, y a convertirse en padres o madres a través de esos métodos.

Sigue argumentando la corte que para determinar la filiación de los niños nacidos a través de dichas técnicas de reproducción asistida será relevante la voluntad de los padres, denominada como voluntad procreacional y definida como el deseo de asumir a un hijo como propio, aunque biológicamente no lo sea, y con esto todas las responsabilidades derivadas de la filiación.

De igual manera reconoce que la voluntad procreacional se encuentra tutelada por el artículo 4 constitucional y es el fundamento para resolver aquellos casos relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida.

Además, afirma que la ausencia de regulación en la normatividad secundaria no debe constituir un impedimento para que puedan materializarse los derechos humanos, entre ellos la libertad de reproducción.

Agregando que los requisitos, condiciones o procedimientos que deban seguirse para llevar a cabo la maternidad subrogada, en que se cuida la protección de los derechos del niño y de la madre gestante, además de lo correspondiente a quienes pretenden acceder a esa técnica para convertirse en padres, excede la materia del caso planteado.

Ante la falta de regulación de la maternidad subrogada, debe reconocerse que el criterio necesario para determinar la filiación respecto al hijo nacido a través de ella es la voluntad procreacional.

En el caso particular de la maternidad subrogada, aparte de dicha voluntad manifestada por los padres contratantes, debe agregarse la voluntad de la madre gestante para renunciar a la filiación, la cual debe estar libre de vicios, ser mayor de edad, con plena capacidad de ejercicio que garantice su libre desarrollo de la personalidad.

Como consecuencia de la interpretación que en otras resoluciones ha realizado respecto al derecho al libre desarrollo de la personalidad, debemos concluir que una mujer que decide someterse de forma libre a la maternidad subrogada con la finalidad de ayudar a otras personas a engendrar, está ejerciendo dicho derecho, por lo que debe tutelarse.

Afirma que el derecho a la identidad del menor no se satisface de forma exclusiva con el reconocimiento de un vínculo biológico, sino que en determinadas ocasiones puede garantizarse de mejor manera reconociendo su realidad social, pues es el contexto en que creció el menor lo que determina quién es y cómo se percibe frente a los demás.

Tutelando su derecho a la identidad, específicamente a ser inscrito inmediatamente después del nacimiento y a tener un

nombre, concatenado con el hecho que quedó demostrado que se encuentra bajo el cuidado y en el seno familiar de los quejosos, debe concluirse que sí se puede establecer la filiación respecto a ellos.

Respecto al padre biológico se constituye el vínculo biológico con motivo del lazo de consanguinidad que los une, previsto en la normatividad familiar del estado de Yucatán.

En cuanto a la pareja del padre biológico, la filiación se considera derivada del acto de reconocimiento efectuado al presentarlo ante el Registro Civil como su hijo, considerando que el lazo biológico no es el único determinante en la filiación, además atendiendo al principio de igualdad y no discriminación en favor de las parejas homosexuales para garantizar su derecho a la procreación mediante el acceso a las técnicas de reproducción asistida.

Lo anterior se ve robustecido con la voluntad procreacional expresada por la pareja homosexual comitente y el consentimiento manifestado por la gestante en cuanto a no tener la intención de reclamar derecho alguno sobre el menor, aceptando que sea el padre biológico y su pareja quienes asuman todas las obligaciones derivadas de la filiación.

Concluye la Corte que establecer la filiación respecto a los comitentes es lo que exige el interés superior del menor en el caso específico. Afirmando que, bajo estas circunstancias, lo mejor es que sea cuidado por las personas que desean hacerse cargo de él y lo han hecho desde su nacimiento, puesto que la madre gestante no ha manifestado ningún interés por asumir sus responsabilidades.

Además, reconoce el derecho del niño a conocer su origen biológico como parte de su derecho a la identidad.

Necesidad de regular la maternidad subrogada

Como puede advertirse, la libertad reproductiva de las personas implica la decisión de tener hijos o no, pero además se extiende a los métodos a través de los cuales concretan ese plan de vida, por lo que debemos concluir que es necesario regular la maternidad subrogada como parte de esta libertad.

Con el avance científico en torno a la reproducción asistida, hoy es posible superar la infertilidad y procurar que aquellas per-

sonas que en el pasado no podían tener descendencia por padecer esta incapacidad consigan este anhelado deseo.

En el caso específico de la maternidad subrogada, permite que aquellas mujeres que son incapaces de gestar puedan convertirse en madres de hijos que compartan vínculo genético con ellas, por ello, no es razonable que el estado establezca obstáculos que impidan a estas personas tener acceso a esta figura.

Evidentemente quedan aún preguntas por resolver para acometer la regulación de la maternidad subrogada. Algunas de ellas son bastantes delicadas; por ejemplo, si el acceso solo es permisible para aquellas personas que poseen alguna incapacidad para gestar o también para mujeres que no desean embarazarse por cuestiones estéticas, económicas o por priorizar su desarrollo profesional, entre otras razones.

También cabe reflexionar si sólo será posible que recurran a esa opción personas unidas en matrimonio o concubinato, o bien, si personas sin pareja estable pueden auxiliarse de una gestante para reproducirse.

Respecto a la aportación de los padres comitentes cabe preguntarnos si es necesario que al menos uno de los gametos provenga de la persona o personas contratantes o, por otro lado, se permite que tanto el óvulo como el espermatozoides que conforman el embrión sean aportados por donadores, por lo cual el menor que nace como consecuencia de esta práctica, no tendría ningún vínculo genético con los comitentes.

A pesar de lo controvertido que puedan ser estos temas, deben acometerse su discusión con la finalidad de dotar a la maternidad subrogada de un marco jurídico adecuado que proteja los derechos humanos de las personas que intervienen.

La regulación de esta técnica debe atender las características propias que tiene, sin tratar de enmarcarla en figuras o instituciones jurídicas de nuestro ordenamiento. Estamos ante un fenómeno generado a raíz del avance científico y, como tal, debemos entender que reglas vetustas no servirán para adecuar estas prácticas modernas a nuestra sociedad.

Conclusiones

Para las parejas homoparentales integradas por dos varones la maternidad subrogada es la única alternativa para tener un hijo con el cual al menos uno comparte vínculo genético.

Encuadrando la libertad reproductiva como parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad, esta podría ejercerse de manera individual, por lo que un varón forzosamente tendría que recurrir a esta técnica.

La libertad reproductiva como parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad implica la no injerencia del estado en las decisiones privadas de las personas que tienen que ver con reproducirse o no, así como recurrir a la maternidad subrogada.

La libertad reproductiva implica que las personas puedan recurrir a las técnicas de reproducción humana asistida, entre ellas la maternidad subrogada.

La ausencia de normas jurídicas que regulen el acceso a la maternidad subrogada ha generado incertidumbre jurídica entre aquellas personas que deciden emplearla.

Asimilar la maternidad subrogada a la adopción, tal como lo hacen Tabasco y Colima, genera inconvenientes legales en el acceso de la maternidad subrogada, toda vez que esta se condiciona a un procedimiento de adopción posterior al nacimiento.

Con el primer fallo por parte de la SCJN sobre maternidad subrogada se abre la posibilidad que se reconozca la filiación a favor de las parejas que recurren a la maternidad subrogada, aun cuando exista ausencia de normas.

El derecho a fundar una familia no se limita a proteger a las familias integradas por padres heterosexuales, sino que se amplía la protección a cualquier tipo de familia.

La ausencia de normas en la legislación no es un impedimento para que las personas ejerzan su libertad reproductiva acorde con sus convicciones e intereses.

Atendiendo al principio de igualdad y no discriminación, debemos ampliar la facultad de ejercer la libertad reproductiva en favor de las parejas homoparentales que necesariamente deben recurrir a las técnicas de reproducción asistida.

Bibliografía

- Alkorta Idiakez, I. (2006). Nuevos límites del derecho a procrear. En: *Derecho privado y Constitución* (pp. 9-61). España.
- Brena, I. (2004). *El derecho y la salud. Temas a reflexionar*. México: IIJ-UNAM.
- Lamm, E. (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona: Universitat de Barcelona.
- Lopez Faugier, I. (2011). Maternidad gestante. En: *Temas de derecho civil en homenaje al doctor Jorge Mario Magallón Ibarra*. México: Porrúa.
- Martínez-Martínez, V.L. (2015). *Maternidad subrogada: Una mirada a su regulación en México*. Dikaion.
- Pantaleón, F. (1993). Técnicas de reproducción asistida y Constitución. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 15, 129-160.
- Pérez Contreras, M. (2012). El debate. En I. Brena, *Reproducción asistida*. México: IIJ-UNAM.