

- leggi penali complementari*, a cura di Francesco Palazzo e Carlo Enrico Paliero, 2a ed., Padova, Cedam, 2007, 2051.
- PULITANÒ, Domenico, *Surrogazione di maternità all'estero. Problemi penalistici*, en *Cassazione penale*, 2017, 1364.
- RIZZUTI, Marco, *La maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori*, en *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2015, 89.
- ROSANI, Domenico, “The Best Interests of the Parents”. *La maternità surrogata in Europa tra interessi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori*, en *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2017, 109.
- SPENA, Alessandro, *Una storia semplice? Surrogazioni, alterazioni, falsificazioni*, en *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2015, 1546 ss.
- TIGANO, Vincenzo, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, Torino, Giappichelli, 201.
- TRINCHERA, Tommaso, *Profili di responsabilità penale in caso di surrogazione di maternità all'estero: tra alterazione di stato e false dichiarazioni al pubblico ufficiale su qualità personali*, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2015, 418.
- VALLINI, Antonio, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino, Giappichelli, 2012.
- , *La schiava di Abramo, il giudizio di Salomone e una clinica di Kiev: contorni sociali, penali e geografici della gestazione per altri*, en *Diritto penale e processo*, 2017, 899.
- WINKLER, Matteo, *Le Sezioni Unite sullo statuto giuridico dei bambini nati all'estero da gestazione per altri: punto di arrivo o punto di partenza?*, en *Il Corriere giuridico*, 2019, 1225.
- ZATTI, Paolo, *Maternità e surrogazione*, en Id., *Maschere del diritto volti della vita*, Giuffrè, Milano, 2009, 205.

ASPECTOS PENALES DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

RAÚL OMAR GARCÍA MOLINA
Escuela Libre de Derecho

RESUMEN: El trabajo aborda la problemática de la maternidad subrogada en México, desde una perspectiva penal relacionada con los derechos humanos. Para ello se realiza un análisis de cómo se aplican estos derechos en el país, para señalar que al día de hoy, no existe una regulación expresa de esta figura, salvo mínimas excepciones. Mucho menos la legislación contempla de forma específica tipos penales que hagan referencia a la misma. Lo anterior no ha sido impedimento para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se haya pronunciado con relación a algunos casos que tienen como punto de partida tal técnica de reproducción asistida, dotando de contenido y alcance a los diversos derechos humanos en juego y que son abordados en la investigación. A pesar de la falta de regulación referida, ello no ha sido obstáculo para que determinadas conductas relacionadas con la gestación subrogada se pretendan sancionar mediante la aplicación de diversos tipos penales que son objeto de análisis y que esta práctica resulta indebida. Por último se desarrollan las conclusiones relacionadas con la posibilidad en el futuro de una efectiva sanción penal tanto de la maternidad subrogada como de las conductas que circundan a la misma.

RIASSUNTO: Il lavoro affronta la problematica della maternità surrogata in Messico in una prospettiva penale relazionata con i diritti umani. Si realizza perciò un'analisi di come si

applicano tali diritti nel Paese, per segnalare che al giorno d'oggi non esiste una regolazione espressa di questa figura, salvo minime eccezioni. Ancor meno la legislazione contempla in modo specifico tipi penali che facciano riferimento alla stessa. Quanto detto non ha impedito alla Corte Suprema di Giustizia della Nazione di pronunciarsi su alcuni casi, che hanno come punto di partenza questa tecnica di riproduzione assistita, dotando di contenuto e portata i diversi diritti umani in gioco, che sono affrontati nella ricerca. La mancanza di una regolazione specifica non è stata d'ostacolo a che determinate condotte relazionate con la gestazione surrogata si vogliano sanzionare mediante l'applicazione di diversi tipi penali, che sono anch'essi oggetto di analisi, mediante una prassi che risulta indebita. Da ultimo, si sviluppano le conclusioni con riguardo alla possibilità in futuro di un'effettiva sanzione penale sia della maternità surrogata sia delle condotte che circondano la stessa.

ABSTRACT: The work addresses the problem of surrogacy in Mexico, from a criminal perspective related to human rights. For this, an analysis of how these rights are applied in the country is carried out, to point out that as of today, there is no express regulation of this figure, with minimal exceptions. Moreover, the legislation does not set what a conducts can be considered as criminal actions regarding this subject. The foregoing has not been an impediment for the Supreme Court of Justice of the Nation to rule in relation to some cases that have such assisted reproduction technique as their starting point, providing content and scope to the various human rights at stake and that are addressed in the investigation. Despite the lack of regulation referred to, this has not been an obstacle for certain behaviors related to surrogacy to be punished through the application of various types of criminal offenses that are the subject of analysis and that this practice is improper. Finally, the conclusions related to the possibility in the future of an effective criminal sanction of both surrogate motherhood and the behaviors that surround it are developed.

PALABRAS CLAVE: Reproducción asistida, maternidad surrogada, derechos humanos, tipicidad, sanción penal.

PAROLE CHIAVE: Riproduzione assistita, maternità surrogata, diritti umani, tipicità, sanzione penale.

KEY WORDS: Assisted reproduction, surrogate motherhood, human rights, typicity, criminal sanction.

I. PLANTEAMIENTO

En México al día de hoy no existe un tipo penal que sancione la gestación subrogada en virtud de que las técnicas de reproducción asistida y específicamente la de gestación subrogada no se encuentran debidamente reguladas.

México es un Estado Federal, motivo por el cual cada una de sus treinta y dos Entidades Federativas cuenta con facultades para establecer su propia normativa, incluyendo la relativa a la tipificación de los delitos. De las treinta y dos entidades solo dos de ellas se han dado a la tarea de regular la gestación subrogada de forma específica en un contexto netamente civil, dichas entidades son Tabasco y Sinaloa, por su parte, dos diversas entidades, las de San Luis Potosí y Querétaro han prohibido en sus códigos civiles la maternidad sustituta, asistida o subrogada y la segunda de ellas también ha prohibido cualquier acuerdo de gestación subrogada.

A su vez, la regulación de las técnicas de reproducción asistida, debe encuadrarse en las competencias en materia de salud que pertenecen a la autoridad federal, no obstante la federación no ha regulado la materia; sin embargo al día de la fecha se encuentra en proceso una iniciativa de reforma a la Ley General de Salud¹ que busca regular las técnicas de reproducción asistida pue-

¹ Iniciativa de la senadora Olga María del Carmen Sánchez Cordero Dávila con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Salud, en materia de reproducción humana asistida, presentada en fecha 20 de noviembre de 2008 al Senado de la Repú-

to que hoy únicamente se regulan los servicios de ginecoobstetricia así como el manejo de células y tejidos.

Dicha reforma establece tipos penales que sancionan conductas con penas que van de los seis a los diecisiete años de prisión y elevadas multas.

Por otro lado la Suprema Corte de Justicia de la Nación así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos se han visto en la necesidad de resolver casos relacionados con técnicas de reproducción asistida, específicamente de gestación subrogada mediante la aplicación directa de normas constitucionales y convencionales que protegen diversos derechos humanos como lo son el derecho a la familia, a la esfera de la vida privada y familiar de las personas infértiles, al ejercicio de la autonomía de la voluntad, a la procreación, a la salud sexual y reproductiva, el derecho a disfrutar de los avances del progreso científico y tecnológico, así como al principio de no discriminación (por razones de género, discapacidad y/o condición económica) a la igualdad y que evidentemente juegan un papel definitorio en la interpretación, aplicación y defensa de tipos penales que pudieran llegar a actualizarse como resultado de prácticas relacionadas con la gestación subrogada.

Ahora bien, la falta de regulación del tema tanto estatal como federal ha abonado a que determinadas conductas relacionadas con la gestación subrogada se pretendan sancionar mediante la aplicación de diversos tipos penales como son las conductas de tráfico de menores, trata de personas, abandono de menores, retención o sustracción de menores, delitos en materia de alimentos, delitos patrimoniales como fraude o administración fraudulenta, revelación de secretos, usurpación de identidad, lesiones, violencia familiar, aborto o responsabilidad penal de médicos, entre otros.

II. ANTECEDENTES Y CONTEXTO EN MÉXICO

En México la gestación subrogada ha sido regulada únicamente en dos estados: Tabasco y Sinaloa. En 1997, el estado de Tabasco introdujo una regulación sobre gestación subrogada en su Código Civil, que simplemente contemplaba el registro de menores nacidos a partir de estos acuerdos.² Es decir, la legislación permitía que

² Artículo 92. Deber de reconocer al hijo

Tanto la madre como el padre, que no estuvieren casados entre sí, tienen el deber de reconocer a su hijo; pero si no cumplen con este deber voluntariamente, no se asentará en el acta de nacimiento el nombre de los mismos y simplemente, se anotará la hora, día, mes año y lugar del nacimiento, así como el nombre propio y apellidos que se pongan a la persona cuyo nacimiento sea registrado. Si el padre o la madre o ambos piden por sí o por apoderado que en el acta de nacimiento se asiente su nombre, se hará constar éste y se mencionará en su caso la petición que en este sentido hagan el padre, la madre, o ambos, o el apoderado. Cuando el hijo sea presentado por uno de los progenitores, se asentará únicamente el nombre del que lo presente.

En el acta de nacimiento no se hará ninguna mención que califique la filiación en forma alguna. Las palabras "hijo legítimo", "hijo natural", "hijo ilegítimo", "hijo de padres desconocidos", "hijo de padre desconocido", "hijo de madre desconocida", o "habido como consecuencia de cualquier método de reproducción humana artificial", que se inserten con infracción de este artículo, se testarán de oficio, de manera que queden ilegibles. El Oficial del Registro Civil que inserte en el acta alguna de estas menciones será sancionado, la primera vez con una multa por el equivalente a quince veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización y la segunda con destitución del cargo. La investigación de la paternidad y de la maternidad está permitida en los términos establecidos por este Código.

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

Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso.

blica. https://infosen.senado.gob.mx/srgsp/gaceta/64/1/2018-11-20-1/assets/documentos/Inic_MORENA_Salud_Rep_HA_201118.pdf

existieran los contratos, pero no ofrecía protecciones a las partes y favorecía la aparición de ciertos abusos y problemas. El 13 de enero de 2016 se aprobó una reforma a dicha legislación que dio lugar a una positiva regulación que, sin embargo, también conllevó diversas violaciones a derechos humanos. En Sinaloa la figura se introdujo en 2013 a través de su Código Familiar,³ con restricciones para acceder a los acuerdos que en gran medida han impedido que el estado se convierta en un destino de gestación subrogada con la visibilidad política, jurídica y mediática de Tabasco. En contraste,

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

³ Artículo 283. La maternidad subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando la mujer, padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento.

Pueden ser madres subrogadas gestantes, sólo las mujeres entre veinticinco y treinta y cinco años de edad que tienen, al menos, un hijo consanguíneo sano, una buena salud psicosomática y que han dado su consentimiento voluntario para prestar su vientre.

Artículo 284. La maternidad de sustitución, admite las siguientes modalidades:

I. Subrogación total, implica que la mujer gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos, y que después de la gestación y el parto, entregue el hijo a la pareja o persona contratante;

II. Subrogación parcial, es la que se da, cuando la gestadora es contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado in vitro que le ha sido trasplantado, pero que proviene de la unión de espermatozoide y óvulo de la pareja o persona contratante;

III. Subrogación onerosa, es la que se da cuando una mujer acepta embarzarse 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; y,

IV. Subrogación altruista, es la que se da cuando una mujer acepta gestar por cuenta de otra de manera gratuita

San Luis Potosí⁴ y Querétaro⁵ han prohibido en sus códigos familiar y civil, respectivamente, la maternidad sustituta, asistida o subrogada y la segunda de ellas también ha prohibido cualquier acuerdo de gestación subrogada.

Al día de la fecha no se encuentran contemplados normativamente tipos penales específicos que se relacionen con la gestación subrogada, no existe algún ordenamiento que se pronuncie de forma específica respecto del asunto. Si bien existen algunas normativas, como por ejemplo el Código Penal para la Ciudad de México que regula en su título segundo los delitos contra la libertad reproductiva, específicamente en su capítulo primero referido a la procreación asistida, la inseminación artificial y la esterilización forzada, tales tipos no regulan la conducta como tal sino el forzamiento o la ausencia de consentimiento respecto de la misma, lo que implica que no se pronuncian sobre el tema de fondo pues el mismo no es abordado.

De igual forma, es prudente referir que no existen precedentes jurisdiccionales en materia penal que hayan resuelto un hecho delictivo que se asemeje al tema en cuestión.

Actualmente se presentan diversas conductas de personas o instituciones que tienen contacto con la técnica de gestación subrogada que prestan sus servicios de forma discrecional puesto que a la fecha existe poca claridad respecto de lo que las agencias que se dedican a

⁴ Artículo 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.

⁵ Artículo 400. Las parejas adoptantes de embriones no podrán procurar la maternidad asistida o subrogada, ni contratar el vientre de una tercera mujer para la gestación del embrión.

En la adopción de embriones queda prohibido seleccionar el sexo del niño a adoptar, ni se podrá rechazar el producto si éste nace con alguna enfermedad o defecto físico.

prestar este tipo de servicios pueden hacer o dejar de hacer como por ejemplo si se encuentran obligadas a suministrar, como intermediarios, fondos económicos en pro de la salud de la madre o del propio producto de la concepción.

Existen casos en que los padres que proporcionan sus gametos después se desinteresan o se deslindan tanto de la madre como del bebé producto de esta técnica, esto cobra relevancia, sobre todo, en los casos en que tales "padres" son de una nacionalidad diversa a la mexicana o bien se encuentran radicando en el extranjero.

Por otra parte las instituciones de salud de carácter privado usualmente atienden a las instrucciones de quienes pagan, es decir, los padres contratantes o las agencias de intermediación, en demérito de aquellas madres gestantes y sus productos que son quienes deberían tener la última decisión respecto de su salud.

Por otra parte, el derecho a la información por parte de las madres gestantes, al día de hoy, no se respeta ni garantiza en la celebración de los contratos relativos pues la explicación del contrato suele realizarla un asesor jurídico de la propia agencia o clínica que es a su vez un asesor legal de los padres intencionales. Adicionalmente, estas agencias suelen obstaculizar la comunicación entre mujeres gestantes y padres intencionales, impidiendo que se conozcan entre sí y descubran alguna irregularidad, particularmente con relación a los pagos.

Las mujeres gestantes se enfrentan a una atención médica deficiente y violaciones a su derecho a la vida privada lo que puede incidir en una clara violencia de género puesto que se enfrentan a contratos que les impiden la toma de decisiones íntimas sobre su propio cuerpo y su salud, incluyendo cuestiones que pueden observarse como riesgo respecto de su propia vida pasando de lado el derecho de las mujeres a decidir sobre su pro-

pio cuerpo, protegido por el artículo 4 constitucional y los tratados internacionales de los que México es parte.

Por ello, en el futuro, el establecer responsabilidades claras en que puedan incurrir los personajes que se involucran en la gestación subrogada permitirá dar un importante paso en pro no solo de las madres gestantes y el producto de la concepción, sino de todos los participantes pues podrán activarse vías de responsabilidad penal claras y precisas.

III. LOS DERECHOS HUMANOS "IN GENERE" COMO CONDICIONANTE DE SANCIÓN PENAL Y SU FORMA DE OPERACIÓN EN MÉXICO

Los Derechos Humanos han jugado un papel fundamental en la evolución Constitucional de México, destacándose la reforma constitucional del año dos mil diez, particularmente respecto de los alcances del artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Este cambio trascendental ha exigido a todos los operadores jurídicos y en especial a nuestra Suprema Corte un minucioso análisis del texto constitucional para determinar sus alcances y reinterpretar aquellas figuras e instituciones que resulten incompatibles o que puedan obstaculizar la aplicación y el desarrollo del "nuevo" modelo y frente al cual no escapa el tema que nos atañe, es decir, la tipificación de conductas relacionadas con la gestación subrogada.

A partir de tal reforma se han sentado importantes criterios jurisdiccionales en el ámbito nacional que han establecido la manera en que dicha reforma ha de aplicar.

Primeramente se reconoce un catálogo de derechos humanos conformado tanto por derechos de corte constitucional como aquellos que son incorporados, reconocidos o integrados en tratados internacionales de los

cuales México es parte, por ende conforman un solo catálogo que escapa a la regulación de la jerarquía de las fuentes prevista en la propia constitución.

Adicionalmente México se vio en la necesidad de replantearse el concepto de supremacía constitucional dando origen a un nuevo parámetro de control de regularidad constitucional, que conllevó que las figuras incorporadas en dos mil diez a la Constitución se estudiaran con un enfoque de derechos humanos y con interpretaciones propias del nuevo paradigma constitucional, buscando así el efecto útil de la reforma, con el afán de optimizar y potencializar las reformas constitucionales sin perder de vista su objetivo principal: la tutela efectiva de los derechos humanos de las personas.

A partir de ello, las normas jurídicas que integran el parámetro de control son los derechos humanos reconocidos en la constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Esto sirve para dar coherencia y unidad al ordenamiento jurídico en casos de antinomias o lagunas normativas.

El reconocimiento de estos derechos encuentra justificación en los principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad de todas las personas. Por lo tanto, desde la Constitución se reconocen derechos humanos cuya finalidad última consiste en posibilitar que todas las personas desarrollen su propio plan de vida, lo que tendrá gran trascendencia con relación al ejercicio del libre desarrollo de la personalidad de aquellos que forman parte del "contrato" en que se pacta la gestación subrogada.

Tales derechos humanos cuentan tanto con garantías internas como externas, dependiendo del origen de los mecanismos que se encuentren a disposición de las personas para exigir la tutela de sus derechos.

Adicionalmente se cuenta con dos herramientas interpretativas de las normas de derecho humanos. La primera establece que todas las normas de derechos huma-

nos deberán *interpretarse de conformidad con la Constitución* y con los tratados internacionales de derechos humanos, lo que obliga a los operadores jurídicos que enfrenten la necesidad de interpretar una norma de derechos humanos —incluyendo las previstas en la propia Constitución— a considerar en dicha interpretación al catálogo de derechos humanos que reconoce el texto constitucional.

La segunda herramienta interpretativa es el principio pro persona, el cual obliga a que la interpretación de los derechos humanos se desarrolle favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia, busca resolver casos de duda frente a la eventual multiplicidad de normas e interpretaciones disponibles, que resulten aplicables respecto de un mismo derecho.

Adicionalmente se contemplaron los principios objetivos de los derechos humanos: universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; las obligaciones genéricas de las autoridades estatales para la tutela de los derechos humanos: respeto, protección, promoción y garantía; y las obligaciones específicas que forman parte de la obligación genérica de garantía: prevenir, investigar, sancionar y reparar.

Por otro lado, cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional.

Dichos criterios contemplan, a grandes rasgos, la obligación de todas las autoridades, dentro del ámbito de sus competencias, de velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución sino también en los instrumentos internacionales firmados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se entiende en la doctrina como el principio pro persona.

Por su parte, en el caso de la función jurisdiccional, los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados In-

ternacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario establecidas en cualquier norma inferior, como lo pudieran ser los Códigos Penales. Si bien los jueces ordinarios no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar estas normas inferiores dando preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados en esta materia.

El parámetro de análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los jueces del país, se integra de la manera siguiente:

a) Todos los derechos humanos contenidos en la Constitución así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación;

b) Todos los derechos humanos contenidos en Tratados Internacionales en los que el Estado mexicano sea parte.

c) Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos incluso en los casos en que el Estado mexicano no haya sido parte.

Esta posibilidad de inaplicación por parte de los jueces del país en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de las leyes, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación.

De este modo, este tipo de interpretación por parte de los jueces presupone realizar tres pasos:

- Interpretación conforme en sentido amplio. Los jueces deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales

les en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

- Interpretación conforme en sentido estricto. Cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte.
- Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles.

Actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano que son acordes con un modelo de control de convencionalidad en los términos apuntados. En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control; en segundo término, el control difuso por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada.

IV. DERECHOS HUMANOS CONCRETOS RELACIONADOS CON LA GESTACIÓN SUBROGADA Y EL ENTENDIMIENTO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

En México, como se señaló anteriormente, se ha reconocido que no existe un ordenamiento específico que regule tipos penales concretos que sancionen la gestación subrogada y mucho menos a nivel federal. Sin em-

bargo el aspecto civil ha sido abordado en sede constitucional a partir de la solicitud de un matrimonio del mismo sexo que se enfrentó a la negativa de registro a su favor de un menor que fue producto de la técnica de reproducción asistida consistente en la fecundación, *in vitro*, de un óvulo donado por una tercera persona con la posterior implantación del cigoto en la madre gestante. En el caso particular si había información genética de uno de los padres contratantes, sin embargo se les exigía llevar a cabo un procedimiento de adopción.

Lo relevante del caso es que se abordaron diversos derechos fundamentales que claramente tienen incidencia en la materia penal y que a continuación se desarrollarán.

La Suprema Corte, a través de su Primera Sala, sostuvo en el amparo en revisión 553/2018, que el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece el mandato de que la ley proteja la organización y desarrollo de la familia. Asimismo, prevé el derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Hay que destacar que conforme a la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el concepto de familia cuya protección ordena la Constitución no se identifica ni limita a un solo tipo de familia, sino que en el contexto de un Estado Democrático de Derecho en que el respeto a la pluralidad es parte de su esencia, debe entenderse que la norma constitucional se refiere a la familia como realidad social, por lo que tutela todas sus formas y manifestaciones en cuanto realidad existente.

Por lo que hace al derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos, se sostuvo que corresponde al ámbito de la libertad y la vida privada de las personas, respecto del cual no debe haber injerencias

arbitrarias por parte del Estado, en el cual queda comprendido el derecho a decidir procrear un hijo.

La Corte mexicana a su vez citó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos pues ésta ha interpretado el artículo 11 de la Convención Americana sobre 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 conforme a sus propias opciones y convicciones; y que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico, es decir, sus derechos reproductivos. Viene a bien destacar que la Corte Interamericana sostiene que el derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva y el acceso a los servicios de salud reproductiva, que involucra el derecho a acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho.

Se asume que la protección a la vida privada incluye el respeto a las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos, haciéndose una vinculación con el artículo 14.1.b del Protocolo de San Salvador, en que se reconoce el derecho de toda persona a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, en el entendido de que la Corte Interamericana ha señalado que la salud reproductiva implica los derechos del hombre y la mujer a ser informados y a tener libre elección y acceso a métodos para regular la fecundidad, que sean seguros, eficaces, de fácil acceso y aceptables, reconociéndose así el derecho al acceso a Técnicas de Reproducción Asistida para lograr el nacimiento de un hijo, en referencia a parejas con problemas de infertilidad.⁶

⁶ Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica.

Nuestra Corte igualmente ha abordado el punto de cómo opera la filiación cuando se hace uso de las técnicas de reproducción asistida, y en específico el caso de la gestación subrogada.

Por lo que hace a las Técnicas de Reproducción Asistida la Primera Sala de la Corte estableció originalmente que las mismas consisten en aplicar técnicas dirigidas a facilitar el nacimiento de un ser vivo, cuando una pareja presenta problemas de infertilidad y que la reproducción asistida alude a la asistencia médica prestada para facilitar la fecundación de la mujer mediante el empleo de técnicas diversas, dando paso a la gestación y posterior nacimiento del hijo y que tales técnicas se constituyen como un grupo de diferentes tratamientos médicos utilizados para ayudar a personas y parejas a lograr un embarazo, las cuales incluyen la manipulación tanto de espermatozoides como de ovocitos, o embriones para el establecimiento de un embarazo.

Se ha reconocido la fecundación *in vitro*, la transferencia de embriones, la transferencia intra-tubárica de gametos, la transferencia intra-tubárica de cigotos y la transferencia intra-tubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado.

Lo verdaderamente importante en el caso en el que resolvió esto la Corte es que se dijo que la permisión para someterse a esos tratamientos tiene siempre como punto de partida el elemento relativo a la voluntad que deben otorgar las personas que deseen someterse a las técnicas de reproducción asistida; asimismo, se determinó que cuando dentro del matrimonio se consiente una técnica de reproducción asistida, uno de los factores fundamentales para determinar la filiación de los niños nacidos a través de dichas técnicas será la voluntad de los padres; a la que se dio la categoría de voluntad procreacional, 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.

Esta voluntad procreacional resultará de suma importancia por lo que hace a la posibilidad de cometer un ilícito penal relacionado con la gestación subrogada.

Se estableció que dicha voluntad se encuentra tutelada por el artículo 4º de la Constitución, y constituye el fundamento de una relación de filiación entre el hijo así concebido y el esposo o concubino de la madre; lo que impedirá que éste posteriormente pueda entablar acción de impugnación de la paternidad en contravención a la buena fe objetiva, al comportarse en forma incoherente con sus precedentes determinaciones. Es en este punto en el que convergen la voluntad procreacional con el asunto de la filiación.

Ahora bien, específicamente con relación a los procesos de inseminación artificial, se ha establecido que al no haber una regulación específica sobre la forma de expresar el consentimiento para iniciar un proceso de tal naturaleza, se puede aplicar la regla general consistente en que la voluntad puede otorgarse de manera expresa o tácita.

Posteriormente la Corte en diverso precedente abordó específicamente la técnica de maternidad subrogada, también conocida como gestación subrogada, maternidad por sustitución o útero subrogado, y señaló que la misma consiste en que a una mujer se le implante un cigoto o embrión en su útero con el fin de que se geste el nuevo ser hasta su nacimiento, con el compromiso de esa mujer de "abandonar" o entregar al recién nacido con el fin de que la madre, el padre o la pareja que la contrató lo asuman como hijo y en el que pueden haber diversas modalidades, pues la madre gestante puede o no aportar el óvulo, y el espermatozoide puede o no ser dado por algún miembro de la pareja que la contrató.

La Corte incluso abordó los cuestionamientos que se le han impuesto a dicha técnica, sobre todo en bioética, sin embargo se decanta a favor de la defensa de su práctica sobre la base principal del derecho a la procreación y el acceso a las nuevas tecnologías en materia de reproducción humana, así como la defensa del derecho a la libre determinación de las personas y su privacidad; sumado a la idea de solidaridad entre las parejas que requieren acudir a la gestación subrogada para lograr tener un hijo con la mujer que acepta ayudarlos a concretar ese propósito.

La propia Corte reconoce que no existe regulación relacionada con las técnicas de reproducción asistida y por ende de gestación subrogada, no obstante, entiende que la ausencia de regulación en la normatividad secundaria no debe erigirse como un impedimento para el reconocimiento, protección y vigencia de los derechos fundamentales de las personas, ya que por mandato expreso de la Constitución, el goce y ejercicio de los derechos humanos de las personas no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la propia Constitución establece; y asimismo, todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad tal como se hizo referencia en el apartado anterior.

Como se dijo, un elemento necesario para fijar la filiación respecto del hijo o hija nacido con aplicación de técnicas de reproducción asistida es la voluntad para concebirlo o voluntad procreacional, con el agregado de que respecto a la técnica de la gestación subrogada también es necesaria la concurrencia de la voluntad de la madre gestante, la cual debe estar libre de vicios, y sobre la base de que dicha mujer debe ser mayor de edad y

con plena capacidad de ejercicio, que garantice su libre desarrollo de la personalidad.

Es aquí donde entra en juego un derecho trascendente en México y que ha permitido resolver algunos de los casos más paradigmáticos como lo es el uso lúdico de marihuana, este derecho es el libre desarrollo de la personalidad entendido como 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 y gustos entre otras tantas cosas.

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 incursiones externas que permitan la capacidad para tomar ciertas decisiones a través de las cuales se ejerce la autonomía personal. También se ha señalado que, como cualquier derecho fundamental, el libre desarrollo de la personalidad tiene su límite en los derechos de terceros y el orden público.

Esta doctrina se relaciona con el análisis que Robert Alexy realiza respecto del derecho general de libertad (y no los derechos que derivan de las libertades específicas) contenido en la Constitución Alemana en el cual se pregunta si un derecho de tales características, tan amplio, efectivamente es un derecho funcional y en el que, al igual que en el caso mexicano, se parte de un importante fallo del Tribunal Constitucional Alemán que se pronuncia respecto del libre desarrollo de la personalidad como "libertad de acción humana", ejemplo de la gran amplitud del derecho general a la libertad pues entiende al derecho general como libertad de hacer (y omi-

tir) y libertad de ser (situaciones y posiciones, ser fáctica y jurídicamente).

Es en atención a tal derecho que 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 mencionado derecho fundamental.

Para seguir analizando la injerencia de ciertos derechos en el tema de gestación subrogada la Corte Mexicana se ha cuestionado si la demostración de un vínculo biológico es un requisito indispensable para que se establezca la paternidad respecto de un hijo y expresa que varios artículos de la Convención sobre los Derechos del Niño establecen el derecho de los niños, derivado de su derecho a la identidad, de conocer su identidad biológica puesto que precisamente existe el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas. A su vez, el artículo 4º de la Constitución mexicana establece el derecho a la identidad de toda persona y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento.

En México se ha interpretado que el derecho a la identidad está compuesto a su vez por el derecho a tener un nombre, una nacionalidad y una filiación. Se ha sostenido que la imagen de una persona está determinada en buena medida por el conocimiento de sus orígenes, su filiación, así como la identificación que tiene en la sociedad a través de un nombre y una nacionalidad. El derecho a la identidad parte del supuesto de que el menor conozca su origen biológico y mantenga las relaciones con sus padres biológicos lo que contribuye a un mejor desarrollo integral de éste y, en última instancia, a promover su interés superior.

La Primera Sala de la Corte estableció que uno de los principios de la filiación reconocidos es el principio de

verdad biológica. Conforme a este principio, la filiación jurídica ha de coincidir con la biológica. A pesar de ello, el principio de verdad biológica no es el único principio en materia de filiación pues se han reconocido también los principios de no discriminación entre hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, la incompatibilidad entre filiaciones contrapuestas y la protección del interés del hijo que es lo que en México juega un papel determinante en esta y en otras tantas materias pues es este interés el que da prevalencia e importancia a los menores y la forma de solucionar multitud de conflictos relacionados con ello.

Sin embargo respecto a este derecho debe cuestionarse como entenderse y aplicarse cuando estamos en una etapa previa al nacimiento.

De acuerdo con estos principios, la coincidencia entre filiación biológica y filiación legal no siempre es posible, ya sea por los supuestos de hecho o porque en el caso deben prevalecer otros intereses que son jurídicamente más relevantes. Se estableció que en el primer grupo de supuestos se encuentran la filiación adoptiva y las procreaciones asistidas por donación de gametos; y que el segundo está conformado por normas que se ocupan de la determinación extrajudicial de la filiación o que privilegian un estado de familia consolidado en el tiempo. Se afirma que hay múltiples razones por las que establecer una filiación legal distinta a la biológica podría ser lo más benéfico para el interés del menor. Entre ellas, son particularmente importantes el hecho de que la identidad del menor puede satisfacerse mejor si se reconocen y protegen identidades filiatorias consolidadas que no corresponden a la biológica, así como que la filiación es un presupuesto importante de obligaciones de los padres de carácter prestacional que son indispensables para un adecuado desarrollo del niño.

Como ejemplo existe un antecedente en México en el que se sostuvo que “el derecho a la identidad del menor no se satisface exclusivamente con el reconocimiento de un vínculo biológico, sino que en ocasiones puede garantizarse de mejor manera a través del reconocimiento a su realidad social, pues es el contexto en el que creció el menor lo que determina quién es y cómo se percibe frente a los demás” y se definieron elementos a analizar para establecer si debe prevalecer el vínculo biológico o la realidad social del menor en casos en los que el progenitor biológico se separa de su hijo.

En relación con el segundo punto, la Corte ha señalado que la importancia del derecho a la identidad no sólo consiste en la posibilidad de que el menor tenga información sobre su origen genético y la identidad de sus padres, sino que de él pueden derivar el derecho del menor a tener una nacionalidad y el derecho del menor a que sus ascendientes satisfagan sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Si bien es cierto que se asume que lo ideal es que los que cumplan con estas obligaciones prestacionales a favor del menor sean los padres biológicos, insistir en que esto sea así en todos los casos puede poner en peligro el desarrollo adecuado del menor que requiere del cumplimiento inmediato y constante de sus necesidades de alimentación, salud, educación y afecto desde su nacimiento. Es por ello, entre otras razones, que el interés superior del menor, y las propias normas extrajudiciales de establecimiento de paternidad y maternidad permiten en ciertos supuestos que personas asuman la paternidad de menores y, con ello, todas las obligaciones derivadas de la paternidad sin que exista tal vínculo.

Al establecer la filiación de los menores y resolver conflictos al respecto existen varias finalidades a cumplir para satisfacer el interés superior del menor que po-

drían entrar en conflicto: permitir al menor conocer su origen biológico, mantener las relaciones del menor con la familia biológica, proteger la estabilidad de las relaciones familiares, proteger identidades filiatorias consolidadas y garantizar el cumplimiento de obligaciones derivadas de la filiación que son necesarias para un adecuado desarrollo, entre otras.

En respeto del principio de verdad biológica, las normas de las entidades federativas suelen definir la filiación en términos de consanguinidad o vínculo genético. Para el establecimiento de la paternidad y la maternidad, el punto de partida y regla general es que la maternidad se determina por el solo hecho del parto. Esta regla pretende reconocer el vínculo biológico entre el niño y la madre, sin embargo se basa en el hecho imperante antes del surgimiento de las técnicas de reproducción asistida, de que la mujer gestante de un bebé necesariamente aportaba su óvulo para la procreación, lo que permitía suponer que la mujer que lo parió tenía un vínculo genético con el niño. Esta suposición era la mejor prueba del vínculo biológico cuando no se contaba con los conocimientos ni tecnologías necesarias para realizar pruebas en materia genética.

Respecto de la paternidad, antes de la existencia de pruebas en materia genética no era posible tener certeza respecto del vínculo biológico. Para resolver ese problema se desarrollaron, principalmente, tres instituciones jurídicas: la presunción de paternidad, el reconocimiento de hijo y la posesión del estado de hijo. La filiación derivada de todas ellas se encuentra relacionada con el principio de verdad biológica. Esto es así ya que, al menos tradicionalmente, que una persona fuera cónyuge de la madre de un hijo, lo reconociera como tal o se comportara como padre se considera un indicio de que el vínculo biológico realmente existe. Sin embargo, y esto es lo fundamental, en realidad ninguna de las menciona-

das instituciones garantiza la existencia de un vínculo biológico a pesar de que ahora, con las pruebas en materia genética, éste puede establecerse prácticamente con certeza.

Además la jurisprudencia de la Primera Sala ha permitido que la filiación establecida en razón de tales instituciones prevalezca a pesar de la inexistencia del vínculo, con tal de garantizar el resto de principios y finalidades relacionados con la filiación.

En relación a la maternidad derivada del parto o nacimiento, el desarrollo de técnicas de reproducción asistida como la fertilización in vitro hacen que ya no pueda establecerse con certeza que la mujer que parió a un niño tenga un vínculo genético con éste.

Respecto del reconocimiento y la presunción de paternidad, la Corte, mediante su Primera Sala interpretó las formas de filiación al analizar la acción de desconocimiento de paternidad. Para proteger a los menores nacidos dentro de matrimonios o concubinatos, los códigos civiles suelen establecer que una vez establecida la filiación materna se presume, salvo prueba en contrario, la paterna. Puede ser que el padre presunto no sea en realidad el padre biológico, por lo que se le concede la acción de desconocimiento para desvirtuar la presunción dentro de cierto plazo. Por otro lado, ante la imposibilidad de prever la presunción respecto de los hijos nacidos fuera del matrimonio o concubinato, se estableció el reconocimiento de hijo por parte del padre, la madre, o ambos. El reconocimiento es un acto unilateral, personalísimo y formal, en ocasiones solemne, por el que se asumen voluntariamente las obligaciones derivadas de la paternidad, aun cuando no existan vínculos biológicos reales involucrados.

Como puede advertirse, ambos supuestos permiten el establecimiento de la filiación legal sin que se haya comprobado el vínculo biológico correspondiente, aun-

que actualmente esto podría hacerse mediante otros medios. A pesar de ello, por el solo hecho del nacimiento se establece la filiación legal para tutelar la estabilidad familiar y que se garanticen los derechos del menor. Ahora bien, para garantizar el principio de verdad biológica se permite al presunto padre ejercitar una acción para desvirtuar la presunción, pero no tiene la obligación de hacerlo en caso de que no sea el padre biológico. También para tutelar ese principio se permite a ciertos sujetos impugnar la paternidad correspondiente. Es común que se establezcan plazos de caducidad para ejercitar estas acciones, por lo que, una vez superados, las normas privilegian la estabilidad familiar y una identidad filiatoria consolidada sobre la verdad biológica. Asimismo, tal y como se explicó anteriormente, que se pruebe en estos procedimientos la inexistencia del vínculo biológico no necesariamente tiene como consecuencia la modificación de la filiación jurídica del menor, ya que esto dependerá de lo que exija el interés superior del menor en el caso concreto.

En el reconocimiento de hijos lo anterior es todavía más claro. Con el reconocimiento, una mujer o un hombre asumen las obligaciones derivadas de la paternidad. Al permitir la asunción de las obligaciones derivadas de la paternidad se promueve que se cumplan las obligaciones y prestaciones que el menor requiere para su adecuado desarrollo. Para proteger al menor, el reconocimiento suele ser irrevocable, incluso cuando no existe el vínculo biológico con el menor. Si bien es cierto que en varios casos se ha reconocido que el reconocimiento puede anularse por error, engaño o incapacidad, lo cierto es que demostrar la inexistencia de un vínculo biológico con el menor es insuficiente para acreditar la existencia de un error en la celebración del reconocimiento. Lo anterior es así porque, mediante el reconocimiento de hijos se asumen los derechos y obligaciones derivados

de la paternidad independientemente de que exista un vínculo biológico entre el autor del reconocimiento y el reconocido. Por ello, el hecho de que no exista un vínculo biológico no permite establecer que hubo error, ya que el reconocimiento no presupone su existencia. Lo que se tendría que acreditar es el motivo determinante de la voluntad que no sea imputable al propio autor del reconocimiento. De nuevo, para tutelar la verdad biológica se proporciona a algunos sujetos el derecho a controvertir la paternidad derivada del reconocimiento, pero esto debe hacerse dentro del plazo establecido para ello.

Por último, la Primera Sala reconoció en un diverso asunto que la posesión del estado de hijo no es sólo un indicio de la paternidad, sino que también es un instrumento para reconocer jurídicamente una situación de hecho que no corresponde a la realidad biológica cuando ese reconocimiento es más benéfico para el menor involucrado.

En conclusión, existen distintos mecanismos para garantizar que el menor conozca su origen biológico, pero también se establece reglas que protegen la estabilidad familiar e identidades filiatorias consolidadas, así como permiten que personas que no tienen ese vínculo se hagan cargo del niño y cumplan con aquellos requisitos necesarios para su adecuado desarrollo. Es por ello que se permite el establecimiento de la filiación jurídica incluso ante la falta de vínculo biológico, pero a la vez se establecen acciones para que, en caso de que surja una controversia derivada de la no correspondencia de la filiación biológica con la jurídica, los tribunales puedan conocerla, ponderar los intereses y principios en conflicto, y resolver qué exige el interés superior del menor. Es por lo anterior que determinar que no existe vínculo bio-

lógico entre una persona y un menor no es suficiente para negar el establecimiento de la filiación legal entre ambos. La cuestión de si debe establecerse ese vínculo dependerá más bien de si en el caso concreto es aplicable alguna de las normas extrajudiciales o judiciales de determinación de filiación, así como de lo que exige el interés superior en el caso concreto.

La Corte ha abordado la posibilidad de establecer la filiación con relación a un hijo nacido por técnica de reproducción asistida pues señala que es factible a través de los mecanismos del reconocimiento o de la presunción de paternidad o maternidad pues ambas pueden operar respecto de hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio y para ello no es necesaria la existencia de un vínculo biológico con el menor.

Se considera incorrecto interpretar que ante la falta de regulación de la gestación subrogada no sea posible considerar celebrado un contrato de esa naturaleza ni verificar si cumplió requisitos mínimos, o si se respetaron los derechos de la madre y el niño, pues en las controversias donde se ven involucrados menores de edad, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución y el 3, apartado 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño, la autoridad tiene la ineludible obligación de resolver toda controversia en la que se ven involucrados menores conforme al interés superior de los mismos, lo que conlleva a considerar que las controversias mencionadas se deben considerar extraordinariamente flexibles.

El elemento central a analizar en la reproducción asistida consiste en determinar qué exigencias corresponden al interés superior del menor aunado a la manifestación libre de la voluntad de ayudar a una pareja de padres biológicos de un hijo, sometándose para ello a un tratamiento de fertilización asistida resultante del espermatozoide de un padre efectivamente biológico y el óvulo

de una tercera persona que puede coincidir o no con la madre subrogante. Tal manifestación debe involucrar la manifestación de la madre subrogante de la cesión de todos los derechos y responsabilidades derivados de los embriones colocados en su útero y que los embriones generados pertenecerán exclusivamente a la que funge como pareja.

Igualmente ha admitido la renuncia (manifestación voluntaria) a cualquier tipo de reclamo relacionado con algún derecho sobre el menor nacido del proceso de reproducción asistida siempre que se desprenda claramente que se trataba de un procedimiento en el que la madre, mayor de edad, funge precisamente como madre subrogante, teniendo en todo momento consciencia de que la paternidad legal del menor es de los padres contratantes sin tener la pretensión de reclamar algún derecho de filiación o parentesco respecto del niño.

Adicionalmente debe exigirse un consentimiento informado por parte de la madre subrogante, tanto por los médicos de alguna institución que participe en el procedimiento como por los propios padres subrogantes.

La Corte si bien no se ha pronunciado sobre la prohibición de actos lucrativos derivados del contrato correspondiente, sí ha admitido que los interesados cubran los gastos derivados del procedimiento para el desarrollo adecuado del embarazo, así como del seguimiento y consecución (nacimiento) del mismo.

No obstante, adicionalmente puede deducirse que la Corte exige la convicción suficiente de que un menor sí pueda ser considerado producto del procedimiento de gestación subrogada y señala que la prueba idónea del lazo consanguíneo entre dos personas es la prueba genética o de ADN, mas no es la única viable.

En conclusión se ha admitido que atendiendo al interés superior del menor y tutelando su derecho a la identidad bajo las condiciones expresadas en párrafo anterior,

debe considerarse que sí puede establecerse la filiación respecto de los padres contratantes. Por lo que hace al padre biológico en virtud del lazo de consanguinidad, en cuanto a la pareja de un padre biológico, la filiación puede considerarse derivada de la voluntad procreacional de concebirlo a través de las técnicas de reproducción asistida, así como de un acto de reconocimiento considerando que el lazo de consanguinidad no es forzoso para llevarlo a cabo.

La voluntad procreacional expresada por la pareja y el consentimiento expresado por la madre gestante en cuanto a no reclamar derechos y aceptar que sean el padre biológico y su pareja quienes funjan como los padres del niño y en consecuencia asuman todas las obligaciones derivadas de la filiación resulta fundamental.

Ahora, por lo que hace al establecimiento de la filiación del menor respecto de los padres contratantes es lo que exige el interés superior del menor en cada caso concreto pues al lado de ello debe valorarse que un menor requiere para su adecuado desarrollo contar con todos los derechos prestacionales derivados de la filiación, como derechos alimentarios, sucesorios, así como a recibir cuidados, educación y afecto. Incluso la Corte llega al extremo de sostener que lo más conveniente en este caso es que sea cuidado por las personas que desean hacerse cargo de él.

No obstante lo anterior la Corte concluye que a su vez se encuentra presente el derecho del niño para que, en el momento en el que él lo decida, conozca su origen biológico, como parte de su derecho a la identidad pues a partir de todas las consideraciones referidas se garantiza la vigencia del derecho de un niño a tener una identidad y ser inscrito en el Registro Civil; el derecho de los padres contratantes a su vida privada y a procrear mediante el acceso a las técnicas de reproducción asistida; y

el derecho de la madre subrogante también a su vida privada y libre desarrollo de la personalidad.

Son precisamente estos derechos los que determinarán la forma de aplicación de los diversos tipos penales que entran en contacto con la gestación subrogada como es el caso del abandono de menor.

V. AUSENCIA DE TIPICIDAD

Como se ha sostenido, en México no existe un tipo penal que sancione el hecho "simple" de la gestación subrogada por lo que a continuación se analizarán solo conductas relacionadas con este acto y no de la gestación subrogada en sí.

Adicionalmente tales conductas serán valoradas no solo a la luz de su tipificación sino también de su conformidad con el derecho mexicano, específicamente si encuentran respaldo en algún derecho fundamental de los enunciados previamente.

Baste recordar que la Corte ha reconocido que la ausencia de regulación en la normatividad secundaria no debe erigirse como un impedimento para el reconocimiento, protección y vigencia de los derechos fundamentales de las personas.

Por su parte los derechos al libre desarrollo de la personalidad, la vida privada y a la familia, sobre todo en cuanto a su organización y desarrollo (entendida la familia en sentido amplio), el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos; el derecho a la autonomía reproductiva y el acceso a los servicios de salud reproductiva, que involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria; el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico; el reconocimiento de una voluntad procreacional, definida como el deseo

de asumir a un hijo como propio aunque biológicamente no lo sea, serán determinantes en cuanto al análisis que se realice respecto de las conductas de los pares contratantes.

Por su parte el concepto de la voluntad procreacional de la madre gestante, la cual debe estar libre de vicios, y sobre la base de que dicha mujer debe ser mayor de edad y con plena capacidad de ejercicio, que garantice su libre desarrollo de la personalidad así como el de consentimiento informado serán determinantes en cuanto al análisis que se realice respecto de las conductas de la misma.

En conjunto, padres contratantes y madre subrogante se regirán por lo que se ha llamado la solidaridad entre las parejas, misma que se debe presentar entre las parejas que requieren acudir a la maternidad subrogada para lograr tener un hijo y la mujer que acepta ayudarlos a concretar ese propósito.

Por último el interés superior del menor y el derecho a la identidad, que no sólo consiste en la posibilidad de que el menor tenga información sobre su origen genético y la identidad de sus padres, sino que de él pueden derivar el derecho del menor a tener una nacionalidad y el derecho del menor a que sus ascendientes satisfagan sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral, serán determinantes en cuanto al análisis que se realice respecto de las conductas de la trílogía padres-madres respecto del menor que pretende concebirse.

VI. TIPOS PENALES RELACIONADOS CON LA GESTACIÓN SUBROGADA

Los tipos penales que se relacionan con la gestación subrogada serán objeto de un breve análisis partiendo

de la normativa a nivel federal en atención a que, si bien cada entidad federativa regula sus propios tipos penales, la norma federal es un punto de referencia general y del que participan diversos tipos penales locales.

TRATA DE PERSONAS:

El tipo penal de trata de personas, contenido en la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos,⁷ establece en su artículo 10 que toda acción u omisión dolosa de una o varias personas para captar, enganchar, transportar, transferir, retener, entregar, recibir o alojar a una o varias personas con fines de explotación se le impondrá de 5 a 15 años de prisión y de un mil a veinte mil días multa, sin perjuicio de las sanciones que correspondan para cada uno de los delitos cometidos, previstos y sancionados en esta Ley y en los códigos penales correspondientes.

Hemos expresado que en multitud de ocasiones operan asociaciones o sociedades que se colocan como intermediarios entre las madres subrogantes y los padres contratantes, evidentemente surge la interrogante de si la conducta de captar, enganchar, recibir o alojar a las madres subrogantes por parte de tales terceros puede actualizar el tipo de trata de personas.

Dicho artículo 10 aclara lo que debe entenderse por explotación de una persona y señala algunas conductas de relevancia para este trabajo como lo son:

- a) La explotación laboral;
- b) El trabajo o servicios forzado;

⁷ Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos.

- c) La adopción ilegal de persona menor de dieciocho años;
- d) Tráfico de órganos, tejidos y células de seres humanos vivos; y
- e) Experimentación biomédica ilícita en seres humanos.

La "Ley de Trata" establece que existe explotación laboral cuando una persona obtiene, directa o indirectamente, beneficio injustificable, económico o de otra índole, de manera ilícita, mediante el trabajo ajeno, sometiendo a la persona a prácticas que atenten contra su dignidad. En el caso concreto debe atenderse a los trabajos que desarrollan las empresas intermediarias puesto que si las mismas operan de manera similar a una empresa de coordinación efectiva de recursos resulta claro que no puede establecerse que existe un beneficio injustificado, de igual forma, al no encontrarse prohibida la actividad tampoco puede resultar indebido.

Por su parte la Ley Federal del Trabajo en su artículo 8 establece que el trabajo es toda actividad humana, intelectual o material, independientemente del grado de preparación técnica requerido por cada profesión u oficio y que un trabajador es la persona física que presta a otra, física o moral, un trabajo personal subordinado; en el caso concreto no parece que la madre subrogante sea una trabajadora pues no se encuentra subordinada sino más bien es una prestadora de servicios, servicios que, conforme lo determinó la Suprema Corte, deben entenderse bajo el principio de solidaridad por lo que podría suponerse que no deben tener un fin preponderantemente económico o lucrativo.

No obstante podría cuestionarse si en ciertos casos en los que se atente contra la dignidad de la madre subrogante y se le objetive, tratándose como un mero instrumento, podría actualizarse el presente tipo penal como en aquellos casos en que se someta a condiciones

peligrosas o insalubres, sin las protecciones necesarias como aquellas idóneas en materia de salud, o en las que se le alleguen recursos notoriamente desproporcionados para los cuidados, tratamientos y seguimientos que deba tener en función del embarazo.

Por otra parte la "Ley de Trata" sanciona a quien tenga o mantenga a una persona en trabajos forzados cuando estos se obtienen mediante el uso de la fuerza, la amenaza de la fuerza, coerción física, o amenazas de coerción física, un daño grave o amenaza de daño grave que ponga a la persona en condiciones de vulnerabilidad, el abuso o amenaza de la denuncia ante las autoridades de su situación migratoria irregular en o de cualquier otro abuso en la utilización de la ley o proceso legal, que provoca que el pasivo se someta a condiciones injustas o que atenten contra su dignidad.

Estos casos son sobre todo posibles a partir de redes más complejas que pretendan obligar a mujeres en situación de vulnerabilidad a aportar su cuerpo para fines de una procreación mediante maternidad subrogada.

De igual forma es sancionable la entrega que realiza un padre o tutor o una persona que tenga autoridad sobre quien se ejerce la conducta (menor de edad) al igual que la recepción, a título oneroso, en carácter de adoptante de forma ilegal, ilícita o irregular, de una persona menor de dieciocho años. Si bien esta conducta se valora ajena a la maternidad subrogada puede actualizarse para los casos en que una efectiva venta de menores pretenda vestirse bajo la figura de la maternidad subrogada.

Más importante parecería ser la conducta que sanciona el tráfico de órganos, tejidos y células de seres humanos vivos, prohibiendo la extracción, remoción u obtención de un órgano, tejido o células de seres humanos vivos, a cambio de un beneficio o a través de una transacción comercial, sin incluir los procedimientos médi-

cos lícitos para los cuales se ha obtenido el debido consentimiento, en los términos de lo establecido por la Ley General de Salud.

De la mano de la conducta antes mencionada se encuentra la de experimentación biomédica ilícita en seres humanos, que sanciona a quien aplique sobre una persona o un grupo de personas, procedimientos, técnicas o medicamentos no aprobados legalmente y que contravengan las disposiciones legales en la materia.

En el caso juega un importante papel la resolución de la Suprema Corte que atribuye licitud a los procedimientos de gestación subrogada en salvaguarda de los diversos derechos humanos que fueron citados en el apartado correspondiente pues de lo contrario este método de reproducción asistida podría subsumirse en el tipo penal citado por el simple hecho de no encontrarse normado en la Ley General de Salud, pues el mismo implica necesariamente la disposición celular. Lo mismo sucede con la aplicación de procedimientos, técnicas o medicamentos no aprobados legalmente y que contravengan las disposiciones legales en la materia, no obstante en este último caso parecería que al no normar el procedimiento íntegro de maternidad subrogada la Ley General de Salud tampoco podría sostenerse su contravención.

TRÁFICO DE MENORES:

El Código Penal sanciona en su artículo 366 ter el tipo penal de tráfico de menores, consistente en la conducta de trasladar a un menor de dieciséis años de edad o la entrega a un tercero, de manera ilícita, fuera del territorio nacional, con el propósito de obtener un beneficio económico indebido por el traslado o la entrega del menor, señalándose que cometen este delito quienes ejerzan la patria potestad o custodia sobre el menor cuando realicen materialmente el traslado o la entrega o

por haber otorgado su consentimiento para ello; de igual forma se señala que cometen este delito los ascendientes sin límite de grado, los parientes colaterales y por afinidad hasta el cuarto grado, así como cualquier tercero que no tenga parentesco con el menor así como la persona o personas que reciban al menor.

La ilicitud a que se hace referencia se predica de las personas que tengan conocimiento de que:

a) Quienes ejerzan la patria potestad o la custodia del menor no han otorgado su consentimiento expreso para el traslado o la entrega, o

b) Quienes ejerzan la patria potestad o la custodia del menor obtendrán un beneficio económico indebido por el traslado o la entrega.

Esta conducta resulta relevante en primer lugar porque, por regla general, a pesar de que exista el principio de solidaridad en la maternidad subrogada, es común que exista un beneficio económico a favor de la madre subrogante. Igualmente es común que los padres contratantes sean de nacionalidad extranjera y acudan a México a realizar el trámite.

Ahora bien, resulta interesante comprender que dicho precepto indirectamente impone una exigencia de formalidad al trámite de maternidad subrogada debido a que no se puede sacar a un menor del país mas que de forma legal, motivo por el cual se supondría que para tales efectos los padres contratantes deberán cumplir con todas las formalidades en el país para que el menor quede registrado, legalmente, a su nombre pues de lo contrario podría actualizarse el presente tipo penal.

Por otra parte se establece que las penas se reducirán en una mitad cuando el traslado o entrega del menor se realice sin el propósito de obtener un beneficio económico indebido o cuando la persona que reciba al menor tenga el propósito de incorporarlo a su núcleo familiar.

Como puede observarse, la ausencia de beneficio o la incorporación al núcleo familiar no exime de la comisión delictiva puesto que solo es una atenuante.

ABANDONO:

Puede presentarse el caso de que los padres contratantes, después de haber echado a andar el procedimiento de implantación desistan de su cometido y en caso de extranjeros regresen a su país de origen con la intención de no hacerse cargo del menor una vez que el mismo nazca. Tal conducta podría constituir el delito de abandono que precisamente regula la conducta de abandonar a un niño incapaz de cuidarse a sí mismo o que lo abandonen sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia.

De igual forma constituye abandono el hecho de que sin motivo justificado se abandone a un hijo sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia. Este caso resulta sumamente controversial en atención al padre que no aporta su carga genética, pues en ese caso habría que preguntarse si efectivamente puede atribuírsele la categoría de padre para efectos penales o bien queda excluido de este supuesto.

En diversas normativas también se regulan los delitos relacionados con el incumplimiento de obligaciones alimentarias a las personas que tienen derecho a recibirlos, resulta evidente que nos encontramos en un caso similar al regulado en el párrafo anterior.

Distinto sería el caso de la madre que abandona a su hijo producto de la maternidad subrogada puesto que precisamente la Corte regula como una de sus obligaciones el abandono del menor, en el caso debería atenderse a la legislación civil correspondiente con el fin de que se observe el procedimiento "*ad hoc*" para los casos de abandono de menores.

VIOLENCIA FAMILIAR:

De la mano del abandono podemos encontrar el tipo penal de violencia familiar que sanciona los actos o conductas de agresión económica en contra de alguna persona con la que exista un vínculo de parentesco por consanguinidad, afinidad o civil, en el caso la falta de provisión de recursos al menor a causa de el desistimiento en el procedimiento bien puede actualizar este tipo penal.

DELITOS PATRIMONIALES. FRAUDE Y ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA:

El tipo penal de fraude sanciona el engañar o aprovecharse del error en que alguien se halla para hacerse ilícitamente de alguna cosa o alcanzar un lucro indebido. En el caso resulta relevante en atención a que los intermediarios pueden hacer pensar a los padres contratantes que buena parte de su pago se encuentra disecionada a una buena atención y seguimiento médico, una alimentación nutritiva y saludable, una estancia adecuada, en fin, condiciones optimas de vida que permitan llevar a la madre gestante a un mejor y más adecuado embarazo; no obstante en muchas ocasiones los recursos se ven más como una utilidad para el intermediario que como una efectiva fuente que asegure mejores condiciones de vida en favor de la madre lo que puede constituir verdaderos engaños con la finalidad de incrementar las ganancias de las instituciones dedicadas a la gestación subrogada.

Adicionalmente la administración fraudulenta sanciona a quien por cualquier motivo teniendo a su cargo la administración o el cuidado de bienes ajenos, con ánimo de lucro perjudique al titular de éstos, alterando las cuentas o condiciones de los contratos, haciendo aparecer operaciones o gastos inexistentes o exagerando los

reales, ocultando o reteniendo valores o empleándolos indebidamente, o a sabiendas realice operaciones perjudiciales al patrimonio del titular en beneficio propio o de un tercero. Este supuesto podría actualizarse en caso de que los intermediarios operen como administradores de alguna especie de fondo destinado a cubrir las necesidades de la madre gestante.

DELITOS DE PROFESIONISTAS:

Es sancionable penalmente el hecho de que directores, encargados o administradores de cualquier centro de salud, impidan la salida de un paciente, cuando éste o sus familiares lo soliciten, aduciendo adeudos de cualquier índole al igual que retener sin necesidad a un recién nacido, por los mismos motivos; este caso podría presentarse en el supuesto de que los padres contratantes no hayan liquidado los honorarios a los intermediarios siempre que estos sean quienes proporcionen los servicios de salud, es decir, no podrá retenerse a un menor producto de una gestación subrogada aún bajo el supuesto de falta de pago de los servicios contratados.

DISCRIMINACIÓN:

Se ha señalado que en algunos casos las instituciones intermediarias o bien las de salud pueden atender más, o solamente, a las instrucciones o peticiones de los padres contratantes pues son ellos quienes pagan sus servicios, por encima de las propias decisiones de la madre subrogante, ello podría actualizar el tipo penal de discriminación el cual sanciona a aquella persona que por razones de origen social, condición social o económica, condición de salud, embarazo o de cualquier otra índole atente contra la dignidad humana o anule o menoscabe los derechos y libertades de las personas mediante la negación de un servicio o una prestación a la que tenga derecho.

ABORTO:

No puede dejar de mencionarse el caso en que la madre interrumpa su embarazo, no obstante en tal supuesto habría que atender a las causas pues no es lo mismo que la madre genere tal interrupción en atención a que los padres contratantes han demostrado que no se harán cargo del menor al hecho de que la madre decida de motu proprio interrumpir el embarazo.

En el primero de los supuestos podría aplicarse por analogía "*in bonam partem*" la excusa absolutoria correspondiente al embarazo producto de una violación pues en el presente caso es evidente que la madre subrogante no tiene intencionalidad de engendrar un hijo propio.

En el segundo de los casos habría que preguntarse si aplicaría la atipicidad propia de varias entidades federativas que no sanciona la interrupción del embarazo dentro de las primeras doce semanas de gestación, la respuesta se aprecia como afirmativa ya que el aborto forzado es la interrupción del embarazo, en cualquier momento, sin el consentimiento de la mujer embarazada, por ende no podría actualizarse aun este delito puesto que a pesar de que el producto resulte "ajeno" no hay conducta típica que regule este aspecto y por ende solo resultaría punible la interrupción pasadas doce semanas.

VII. CONCLUSIONES

Podemos concluir en primer lugar que la conducta consistente en la realización de una técnica de reproducción asistida con miras a la práctica de la maternidad subrogada no puede ser penada en México por sí sola debido a lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en respeto a los diversos Derechos Humanos que han sido citados en el presente análisis como lo son el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad huma-

na, derecho a la procreación y el acceso a las nuevas tecnologías en materia de reproducción humana, el derecho al progreso científico y tecnológico, el derecho a la libre determinación de las personas y su privacidad, el derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos, el derecho a la autonomía reproductiva y el acceso a los servicios de salud reproductiva.

No obstante, si bien es cierto la conducta tal cual no puede ser punible, no menos cierto es que de forma circundante existen diversas conductas que giran en torno a la maternidad subrogada que claramente pueden actualizar tipos penales concretos y que deberán ser motivo de análisis exhaustivo en una investigación más extensa.

Existen diversas conductas que pudieran tipificarse con el fin de que conductas como el aborto de un producto objeto de maternidad subrogada dentro de las doce primeras semanas puedan llegar a regularse e incluso penarse.

Existe un largo camino por recorrer ya que si bien la Corte ha abordado el tema desde el aspecto constitucional no existen normas que regulen con mayor ahínco conductas que seguramente se presentarán en un futuro con particularidades y especificidades que requieran un marco normativo más amplio.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- BARBA, José Bonifacio, "*Educación para los Derechos Humanos*", Fondo de Cultura Económica, México, 1997.
- CARPISO, Jorge, "*Derechos Humanos y Ombudsman*", 2a. edición, Editorial Porrúa, México, 1998.
- CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, José, "*La dignidad como fundamento de los Derechos Humanos en las Sentencias del*

- Tribunal Constitucional Peruano, La Tensión entre la mera Autonomía y la Libertad Ontológica*, Palestra, Perú, 2012.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *"El Concepto de Derecho Subjetivo en la Teoría Contemporánea del Derecho"*, Fontamara, México, 1999.
- DE ASÍS, Rafael, *"Sobre el Concepto y el Fundamento de los Derechos: Una Aproximación Dualista"*, Dykinson, Madrid, 2001.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María, *"Sistema de derechos fundamentales"*, 2a. edición, Thomson Civitas, Madrid, 2005.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *"Derecho Civil, Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico, e Invalidez"*, 7a. edición, Editorial Porrúa, México, 2000.
- ESCOBAR ROSAS, Freddy, *"El Derecho Subjetivo, Consideraciones en torno a su esencia y estructura"*, *Ius et Veritas*. No. 16. pp. 280-298, en FERRAJOLI, Luigi, *"Derechos y Garantías. La ley del más Débil"*, 4a. edición, Trotta, Madrid, 2004.
- FIORAVANTI, Mauricio, *"Los Derecho Fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones"*, 6a. edición, Trotta, Madrid, 2009.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *"Introducción al Estudio del Derecho"*, 60a. edición, Editorial Porrúa, México, 2008.
- GROCIO, Hugo, *"Del Derecho de Presa, del Derecho de la Guerra y de la Paz"*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.
- HART, Herbert Lionel Adolphus, *"El Concepto de Derecho"*, 3a. edición, Buenos Aires. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012.
- HIERRO, Liborio, *"¿Quién Tiene Derechos Humanos?"*, en *"Revista Teoría & Derecho"*, Revista Semestral, Diciembre, Número 14, Año 2013.
- HÜBNER GALLO, Jorge Iván, *"Los Derechos Humanos"*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1994.

- IHERING, Rudolf Von, *"La Dogmática Jurídica"*, Seguida de un Apéndice con las Doctrinas de Ihering y Windscheid sobre el Derecho Subjetivo, 2a. edición, Losada, Buenos Aires, 1946.
- MACCORMICK, Neil, *"Instituciones de Derecho"*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- , *"H.L.A. HART"*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- SAVIGNY, Friedrich Karl Von, *"Sistema de Derecho Romano Actual"*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2004.
- WELLMAN, Carl, *"Morales y Éticas"*, s. ed. s.l. Tecnos.
- WINDSCHEID, Bernhard, *"Tratado de Derecho Civil Alemán"*, 8a edición, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1976.

Legislación

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.
- Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Carta de la Organización de Estados Americanos.
- Declaración sobre el Derecho al Desarrollo.
- Código Nacional de Procedimientos Penales.
- Código Penal Federal.
- Código Penal para el Distrito Federal.
- Código Civil Federal.
- Código Civil para el Distrito Federal.

Código Civil para el Estado de Querétaro.

Código Civil para el Estado de Tabasco.

Código Familiar del Estado de Sinaloa.

Código Civil para el Estado de San Luis Potosí.