



PRIMERA INSTANCIA

REVISTA JURÍDICA

Número 24, Volumen 12

Enero-junio

2025

www.primerainstancia.com.mx
ISSN 2683-2151

DIRECCIÓN Y COMITÉ EDITORIAL DE REDACCIÓN
REVISTA PRIMERA INSTANCIA

EDITOR y DIRECTOR GENERAL
Dr. Alfonso Jaime Martínez Lazcano
Profesor e investigador
Universidad Autónoma de Chiapas, México

DIRECTOR HONORARIO
Dr. Hugo Carrasco Soulé
Profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México

COEDITOR GENERAL
Dr. Jaime Alfonso Cubides Cárdenas
Profesor de la Universidad Católica de Colombia

EDITOR EN SUDAMÉRICA
Dr. Manuel Bermúdez Tapia
Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Perú

COMITÉ EDITORIAL
Ana Carolina Greco Paes
Professora na Toledo Centro Universitário, Brasil
Angelo Vigliani Ferraro
Director Centro de Investigación “Mediterranea International Centre for Human Rights
Research, Italia
Juan Marcelino González Garcete
Profesor de la Universidad Nacional de Asunción, Paraguay
Pamela Juliana Aguirre Castro
Profesora de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Quito, Ecuador
Patricio Maraniello
Profesor de la Universidad de Buenos Aires, Argentina
René Moreno Alfonso
Abogado. Profesor de la Universidad Republicana, sede Bogotá, Colombia

ASESORAMIENTO CIENTÍFICO
Dra. Jania Maria Lopes Saldanha
Profesora en la Universidad Federal de Santa María, Brasil

COORDINADORA DEL COMITÉ EDITORIAL
Neidaly Espinosa Sánchez
Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos

REVISTA PRIMERA INSTANCIA, número 24, volumen 12, enero a junio de 2025, es una revista electrónica arbitrada en español de difusión vía red de cómputo desde el 2013, resultado de investigaciones científicas originales e inéditas, difunde resultados de estudios empíricos y teóricos preferentemente del área jurídica, con la periodicidad semestral (enero-junio / julio-diciembre).

Boulevard Presa de la Angostura, número 215-12, Fraccionamiento Electricistas Las Palmas, Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, C.P. 29040, Tel. (52961) 6142659.

Página web: <http://www.primerainstancia.com.mx/revista-primerainstancia/>

Correo: primerainstancia@Outlook.com

Alfonso Jaime Martínez Lazcano, titular de la Reserva de Derechos al Uso Exclusivo No. 04-2018-061813141600-203, otorgado por el Instituto Nacional del Derecho de Autor, ISSN 2683-2151.

Las opiniones de los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación, se autoriza la reproducción total o parcial de los textos aquí publicados, siempre y cuando se cite la fuente completa y la dirección electrónica de la publicación.

Editorial

En esta vigésima quinta edición de *Primera Instancia*, nos posicionamos sin ambigüedades frente a las estructuras que perpetúan la exclusión, la simulación institucional y la omisión estructural en materia de derechos humanos. Esta revista no se limita a describir el estado del derecho positivo: lo interroga, lo incomoda y lo reconfigura desde una perspectiva crítica, situada y comprometida con la dignidad humana como metavalor rector.

Abrimos con una categoría doctrinal que ya se ha consolidado como eje continental de análisis. “*El negativismo jurídico: una categoría crítica para comprender la omisión estructural frente a los derechos humanos*”, formulado por Alfonso Jaime Martínez Lazcano, no como simple crítica al formalismo normativo, sino como denuncia estructural de una praxis judicial que bloquea sistemáticamente la aplicación efectiva del bloque de convencionalidad. Esta resistencia activa, disfrazada de neutralidad técnica, exige una ruptura epistemológica radical y una reconfiguración profunda de la formación judicial. No basta con reformar programas: hay que desmontar dogmas, desarticular simulaciones y reconstruir el pensamiento jurídico desde sus fundamentos.

Desde Bolivia, Paul Franco Zamora, en su artículo: “*Jurisprudencia constitucional y convencional en el marco de los principios de progresividad, prohibición de regresividad y sobre protección de los derechos de las y los adolescentes en el sistema penal boliviano*”, nos recuerda que la justicia restaurativa no es una utopía teórica, sino una herramienta concreta para humanizar el sistema penal juvenil. Su análisis jurisprudencial demuestra que el principio de progresividad no puede ser letra muerta cuando se trata de adolescentes vulnerables. La reparación, la reconciliación y el enfoque garantista deben ser parte integral de toda decisión judicial que aspire a la legitimidad ética y convencional.

El artículo “*Impuestos catastrales y aprovechamiento de la vivienda y espacios subutilizados. Una política fiscal para disminuir la pobreza y generar bienestar social*”,

escrito por Dasaev Sosa Arellano nos confronta con una paradoja fiscal que revela la tensión entre derecho constitucional y realidad estructural: mientras el derecho a la vivienda se consagra en la norma suprema, la especulación inmobiliaria y la acumulación de espacios baldíos profundizan la pobreza urbana. Su propuesta de impuestos catastrales como política redistributiva no es solo fiscal: es ética, social y jurídica, y exige una relectura crítica del rol del Estado en la justicia territorial.

Estefany Fabiola Justo Ramos aborda la *“Maternidad subrogada, derechos que tutela”* desde una perspectiva de derechos humanos, denunciando el vacío normativo y las prácticas clínicas sin regulación. Su llamado a legislar con racionalidad y empatía es urgente: la protección de la gestante, del recién nacido y de los padres intencionales no puede depender de la improvisación judicial ni de la lógica mercantil.

Andrea Marilú Rojano Sánchez a través de su artículo: *“Legitimación del desarrollo y conflictos ambientales”* denuncia la simulación de consultas en proyectos de desarrollo que afectan a pueblos indígenas. Su análisis del PDIT revela que el derecho al desarrollo no puede imponerse como modelo único, sino construirse desde la autodeterminación y el respeto a la diversidad cultural. La consulta previa, libre e informada no es un trámite: es un derecho sustantivo que exige veracidad, participación efectiva y reconocimiento de la pluralidad epistemológica.

Javier Guerrero Luna nos invita a repensar *“La CIDH y la vejez digna”* como derecho humano en riesgo. La CIDH ha sido clara: los Estados deben garantizar pensiones suficientes y sostenibles. Pero más allá del marco jurídico, se requiere una transformación cultural que supere el clientelismo y promueva el envejecimiento activo como paradigma de inclusión, dignidad y justicia intergeneracional.

Carlos Alfonso Guecha López y Jaime Cubides-Cárdenas nos sumergen en la *“Guerra cibernética, inteligencia artificial y nuevas amenazas a los Estados”*, resaltando los desafíos de la ciberseguridad militar, la inteligencia artificial y la guerra digital. Su reflexión sobre el C6ISR y la planificación estratégica desde el conocimiento del adversario redefine el concepto de defensa nacional en tiempos de interconectividad total, donde el derecho internacional debe adaptarse a escenarios de conflicto no convencional.

Finalmente, el equipo de Sara Berenice Orta Flores, Blanca Torres Espinosa y Carlos Ernesto Arcudia Hernández documenta un caso emblemático *“Justicia agraria con perspectiva de*

género. Un caso de estudio en la huasteca potosina”. La sentencia analizada no solo aplica el control de convencionalidad: lo hace desde una mirada interseccional que reconoce la triple discriminación de la mujer indígena adulta mayor, integrando enfoque territorial, étnico y generacional.

Cada artículo de esta edición es una pieza de resistencia crítica. Juntos, conforman un mosaico doctrinal que no se conforma con describir el derecho, sino que lo transforma desde sus márgenes, desde sus omisiones y desde sus urgencias. *Primera Instancia no. 25* no es una revista para leer pasivamente: es una invitación a pensar, a incomodar y a actuar.

Mtra. Merly Martínez Hernández
Secretaria adjunta del CAPL

Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, 30 de julio de 2025.

ÍNDICE

NEGATIVISMO JURÍDICO: UNA CATEGORÍA CRÍTICA PARA COMPRENDER LA OMISIÓN ESTRUCTURAL FRENTE A LOS DERECHOS HUMANOS

Alfonso Jaime Martínez Lazcano.....9

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL EN EL MARCO DE LOS PRINCIPIOS DE PROGRESIVIDAD, PROHIBICIÓN DE REGRESIVIDAD Y SOBRE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS Y LOS ADOLESCENTES EN EL SISTEMA PENAL BOLIVIANO

Paul Enrique Franco Zamora56

IMPUESTOS CATASTRALES Y APROVECHAMIENTO DE LA VIVIENDA Y ESPACIOS SUBUTILIZADOS. UNA POLÍTICA FISCAL PARA DISMINUIR LA POBREZA Y GENERAR BIENESTAR SOCIAL

Dasaev Sosa Arellano.....76

MATERNIDAD SUBROGADA, DERECHOS QUE TUTELA

Estefany Fabiola Justo Ramos.....107

LEGITIMACIÓN DEL DESARROLLO Y CONFLICTOS AMBIENTALES

Andrea Marilú Rojano Sánchez142

LA CIDH Y LA VEJEZ DIGNA

Javier Guerrero Luna164

GUERRA CIBERNÉTICA, INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y NUEVAS AMENAZAS A LOS ESTADOS

Carlos Alfonso Guecha López y Jaime Cubides-Cárdenas180

JUSTICIA AGRARIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO. UN CASO DE ESTUDIO EN LA HUASTECA POTOSINA

Sara Berenice Orta Flores, Blanca Torres Espinosa y Carlos Ernesto Arcudia Hernández.....207



MATERNIDAD SUBROGADA, DERECHOS QUE TUTELA¹

Estefany Fabiola JUSTO RAMOS*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Reconocimiento internacional de los derechos humanos referente a la formación de la familia y reproducción.* III. *Maternidad subrogada.* IV. *El contrato de subrogación, forma, requisitos nulidad y responsabilidad.* V. *Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012.* VI. *Necesidad de una regulación legislativa.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Bibliografía.*

Resumen: El avance de la ciencia médica ha generado nuevas realidades jurídicas, como la gestación por subrogación, técnica de reproducción asistida en la que una mujer acepta llevar un embarazo para otra persona o pareja. Aunque este procedimiento ya es médicamente viable, el marco legal aún presenta vacíos que afectan la certeza jurídica de las partes involucradas. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido la voluntad procreacional como principio clave para establecer filiación en casos de subrogación, destacando siempre el interés superior de la infancia y el respeto al libre desarrollo de la personalidad de la madre gestante. Ante este escenario, se exige a las autoridades mexicanas una regulación urgente que garantice seguridad, claridad y protección para todas las personas implicadas.

Palabras clave: Derechos humanos, gestación subrogada, interés superior del menor, voluntad procreacional, regulación jurídica.

¹ Trabajo recibido el 23 de junio de 2025 y aprobado el 12 de julio de 2025.

* Licenciada en derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chiapas y maestrante en derecho constitucional y amparo en la misma facultad. Contacto: 0694fabiola@gmail.com

Abstract: Advances in medical science have generated new legal realities, such as surrogacy, an assisted reproduction technique in which a woman agrees to carry a pregnancy for another person or couple. Although this procedure is now medically viable, the legal framework still presents gaps that affect the legal certainty of the parties involved. The Supreme Court of Justice of Mexico has recognized procreative will as a key principle for establishing parentage in surrogacy cases, always emphasizing the best interests of children and respect for the free development of the surrogate mother's personality. Given this scenario, Mexican authorities are urgently required to regulate the situation to guarantee safety, clarity, and protection for all involved.

Keywords: Human rights, surrogacy, best interests of the child, procreative will, legal regulation.

I. INTRODUCCIÓN

El avance científico y tecnológico en diversas áreas de las ciencias han generado que el derecho se adecue a las nuevas realidades, para que estas puedan estar acordes a lo que acontece en la actualidad, de ahí la imperante necesidad de que en los avances médicos exista una regulación expresa en los procedimientos que estos efectúan y que permiten lo que antes era una imposibilidad, ahora es una realidad.

En el caso de la gestación por subrogación, se trata de una técnica de reproducción asistida en la que una mujer acepta la implantación de un embrión—previamente formado mediante fecundación in vitro (FIV)—con el compromiso de llevar adelante la gestación y, tras el nacimiento, entregar al recién nacido a la persona o pareja contratante, quienes lo asumirán legal y socialmente como hijo o hija.

Si bien es cierto, esto médicamente ya es posible, lo relevante del tema ahora, es dar las herramientas jurídicas óptimas para que exista una verdadera certeza y seguridad jurídica, entre las partes involucradas, ya que rompe los esquemas hasta ahora establecidos en la legislación en la materia, así como de las implicaciones civiles y sociales que ya existen.

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha reconocido la importancia de la voluntad procreacional al momento de establecer la filiación por subrogación. En concordancia con la jurisprudencia existente en materia familiar, se ha

considerado como primordial el interés superior de niñas, niños y adolescentes. Asimismo, se deberá conminar con mucho más rigor a las autoridades competentes a regular, de forma urgente y prioritaria, esta técnica de reproducción humana asistida, al hacerlo, las autoridades deben tomar cuidadosamente en cuenta todos los derechos en juego: tanto de las niñas y niños, como de las madres gestantes. Entre otras cuestiones, es esencial respetar el libre desarrollo de la personalidad de la madre gestante, quien debe ser mayor de edad, contar con plena capacidad de ejercicio y manifestar su voluntad libremente.

Se pretende poner en manifiesto los desafíos que impone la gestación por subrogación y alguno de ellos han sido materia de estudio por la SCJN en diversas tesis y jurisprudencias, dando pauta a un reconocimiento legal a estas nuevas necesidades sociales, quedando clara la postura de la suprema corte de justicia de la nación como objetivo de proteger los derechos de todas las personas implicadas, primordialmente el derecho de las infancias, así como de las madres gestantes.

II. RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS REFERENTE A LA FORMACIÓN DE LA FAMILIA Y REPRODUCCIÓN

En este apartado se examina la evolución del derecho humano a la procreación y reproducción, así como a la formación de una familia y su reconocimiento en diversos tratados internacionales. La institución familiar, la reproducción y el ejercicio de la sexualidad han sido siempre objeto de reflexión intelectual y de regulación jurídica, social, moral y religiosa, así como de confrontaciones ideológico-políticas.

Los derechos sexuales y reproductivos (DSR) incluyen el derecho a decidir de manera autónoma cómo vivir la sexualidad y reproducción propia y el derecho a acceder a todos los servicios de salud que se requieran para ejecutar estas decisiones de manera segura y oportuna.² Los derechos reproductivos, se basan en derechos humanos como el derecho a la vida, a la integridad, a la salud, a la autonomía, a la dignidad, a la información, a la igualdad y a estar libre de discriminación. Este tipo de derechos no están expresamente formulados en las legislaciones nacionales, ni en las principales declaraciones internacionales de derechos, a no ser que se visualicen como parte integrante del derecho a fundar una familia, del derecho a la libertad, a la intimidad, a la integridad y a la salud.

² Derechos sexuales y reproductivos, p. 3. <https://tinyurl.com/ywft5uw7>

Este tipo de derechos abren un mundo de posibilidades para que mujeres y hombres puedan tomar y ejercer decisiones autónomas sobre su propio cuerpo y planes de vida en los ámbitos de la sexualidad y la reproducción, buscando garantizar derechos entre hombres, mujeres, homosexuales, y heterosexuales, el uso irrestricto de todos los derechos que impliquen en su libre desarrollo de la personalidad.

Como primer punto debemos partir en el derecho que tiene toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos, el cual recae dentro del ámbito de la libertad y la vida privada de las personas, respecto del cual no debe haber intromisiones injustificadas por parte del Estado, en el cual queda comprendido el derecho a decidir procrear un hijo. En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho una interpretación al 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 que las personas tengan como plan de vida, el ser o no madres o padres 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.

El concepto de familia se encuentra regulado a nivel internacional como la unidad básica y fundamental de la sociedad, siendo reconocida y protegida en diversos instrumentos jurídicos internacionales. La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), en su artículo 16, establece el derecho de la familia a la protección por parte de la sociedad y del Estado. Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer refuerzan el papel de la familia como espacio esencial para el desarrollo, la protección y la socialización de sus miembros. En cuanto a la conceptualización teórica, Santos describe a la familia como una institución social y cultural en constante evolución,³ mientras que Gimeno Sacristán la entiende como una construcción social que cumple funciones fundamentales en la cohesión y el apoyo mutuo.⁴ Se ha subrayado que la familia es el primer ámbito para el desarrollo integral del individuo y la

³ Cfr. SANTOS, B. de S., *La familia: estructura y función social*, Editorial Siglo XXI, México, 2006.

⁴ Cfr. GIMENO SACRISTÁN, José, *La educación: estructura y proceso*, Morata, Madrid, 1998.

garantía de sus derechos fundamentales, destacando la importancia de su protección dentro de la agenda de derechos humanos internacional.

Desde una perspectiva crítica, es fundamental reconocer que la regulación internacional sobre la familia debe trascender la visión tradicional y monolítica que históricamente ha predominado. En la actualidad, las familias adoptan múltiples configuraciones sociales y culturales, lo que exige un enfoque más inclusivo y flexible por parte de los instrumentos jurídicos internacionales. Este reconocimiento es esencial para garantizar la protección efectiva de los derechos humanos de todos los integrantes familiares, promoviendo la igualdad y el respeto a la diversidad. En consecuencia, el marco normativo internacional debe evolucionar y adaptarse para reflejar la complejidad y pluralidad de las familias contemporáneas, asegurando así su función esencial como base de la sociedad y espacio de desarrollo integral para las personas.

En la convención mencionada, no indica a qué tipo, o tipos, de familia se tenga que referir. Aplicando el principio jurídico de que no se puede distinguir donde la ley no distingue, se debe entender que la Convención establece una protección general para todas las familias, independientemente de cuál sea su composición. En todo caso, corresponde a la legislación nacional establecer las regulaciones particulares, sin detrimento del derecho esencial establecido en el instrumento internacional.

Se refleja una interpretación abierta y progresista sobre el concepto de familia en el contexto de la Convención, tomando en cuenta que esta, no especifica ni limita el tipo de familia que debe ser considerado como “natural y fundamental de la sociedad”. El principio jurídico que se menciona, “no se puede distinguir donde la ley no distingue”, sugiere que las leyes deben ser interpretadas de manera inclusiva, lo que implica que todas las formas de familia, independientemente de su composición (por ejemplo, nuclear, monoparental, homoparental, entre otras), deberían ser protegidas y reconocidas bajo los mismos derechos fundamentales.

La Convención, al no especificar qué tipo de familia debe proteger, establece un marco de protección general, otorgando un principio de igualdad y no discriminación. Esto significa que las legislaciones nacionales tienen la responsabilidad de regular cuestiones específicas relacionadas con la familia, pero siempre respetando el derecho fundamental de protección a la familia, tal como lo establece el instrumento internacional.

Por lo tanto, el texto subraya la importancia de que las leyes nacionales no sean excluyentes ni limitantes, sino que respeten y garanticen los derechos de todas las formas de familia, sin importar su configuración, en concordancia con los principios internacionales de derechos humanos.

En resumen, se trata de una visión inclusiva de la familia, en la que el derecho internacional proporciona una base de protección universal, dejando a las legislaciones nacionales la responsabilidad de adaptar las regulaciones específicas, siempre respetando el derecho esencial a la familia.

El derecho a la constitución de la familia establecido y reconocido en el art. VI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre hace mención; Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella., en concordancia al art.15 del Protocolo de San Salvador, que refiere que La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material.⁵ Los cuales constituyen una facultad de las personas, que comprende dos aspectos esenciales:

- 1.- Derecho a fundar una familia.
- 2.- Igualdad de derechos para ambos cónyuges, en caso de matrimonio.

Sin embargo, para el caso que nos ocupa, en cuanto al derecho a fundar una familia, opera de manera independiente del derecho al matrimonio, no es necesario contraer nupcias para constituir una, como he mencionado con anterioridad, las formas de familia, independientemente de su composición (monoparentales, homoparentales, familias adoptivas, familias de acogimiento etc.) deberían ser reconocidas bajo los mismos derechos fundamentales.

Otro de los derechos derivados del derecho a la constitución de la familia, es el derecho de las personas y las parejas a decidir el número y espaciamiento de los hijos, conocido en la doctrina como el derecho a la autonomía reproductiva, así como el derecho a contar con información sobre planificación familiar. Ambos derechos no están explícitamente reconocidos en la normativa interamericana.

⁵ Cfr: Protocolo Adicional a la CADH en materia de derechos económicos, sociales y culturales, Protocolo de San Salvador, OEA, El salvador, 2016. <https://tinyurl.com/4rc5zyck>

1. Derechos sexuales y reproductivos y derecho a la salud

Chávez, S. señala, que los derechos sexuales y reproductivos constituyen un conjunto fundamental de derechos humanos que permiten a las personas tomar decisiones libres, informadas y responsables sobre su vida sexual y reproductiva, garantizando el acceso a servicios de salud, educación sexual y protección frente a la discriminación y violencia.⁶ A nivel internacional, estos derechos han sido consagrados en instrumentos clave como la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (1994), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Plataforma de Acción de Beijing. Sonia Correa señala que constituyen un eje central para el empoderamiento de las mujeres y la igualdad de género.⁷ Por su parte, María Teresa Fernández destaca que la promoción de los derechos sexuales y reproductivos es clave para alcanzar el desarrollo sostenible y mejorar la salud pública.⁸

Es fundamental reconocer que la plena realización de los derechos sexuales y reproductivos constituye un pilar esencial para la autonomía personal y la equidad de género. No obstante, a pesar de los marcos normativos internacionales que respaldan estos derechos, persisten significativas barreras estructurales, sociales y culturales que limitan su acceso efectivo, particularmente en contextos vulnerables. Por ende, es imprescindible que las políticas públicas adopten un enfoque integral que combine la provisión de servicios de salud con la educación sexual integral y la promoción de cambios sociales y culturales profundos. Solo a través de esta aproximación multidimensional se podrá garantizar el respeto, la protección y la promoción de los derechos sexuales y reproductivos, contribuyendo así al desarrollo humano sostenible y a la justicia social.

A nivel internacional los derechos sexuales y reproductivos forman parte fundamental del derecho a la salud, el cual está protegido por diversos instrumentos internacionales, el más importante de ellos es el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales que establece que “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud

⁶ CHÁVEZ, S., *Derechos sexuales y reproductivos: concepto, contexto y desafíos*, Editorial Académica, España, 2003, p. 45.

⁷ CORREA, Sonia, *La autonomía sexual: derechos sexuales y reproductivos en perspectiva de género*, Editorial Feminista, España, 2000, p. 78.

⁸ FERNÁNDEZ, M. T., *Salud sexual y reproductiva: derechos humanos y políticas públicas*, Editorial Porrúa, México, 2010, p. 89.

física y mental”.⁹ Por lo que es responsabilidad del estado desde la perspectiva de sus obligaciones proteger, respetar y garantizar el derecho a la salud, y de forma extensible a la salud sexual y reproductiva y todo lo vinculado a ella por lo que la definición que se le da a la salud reproductiva es la siguiente: “La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo, sus funciones y procesos”. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria, sin riesgos, procrear, y la libertad para decidir si hacerlo o no, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos.¹⁰

En ese orden de ideas los derechos reproductivos abarcan derechos humanos reconocidos en diversos documentos internacionales y nacionales, estos derechos se centran en el reconocimiento básico de todas las parejas de decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos y el derecho de alcanzar el nivel máximo de salud sexual y reproductiva por lo que incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación.

El derecho a la constitución y a la protección de la familia constituye un derecho complejo, estrechamente relacionado con otros asuntos esenciales de derechos humanos y vinculado estrechamente con el derecho a la igualdad y a la no discriminación. En primer lugar, la constitución de la familia es un derecho de libre y pleno consentimiento por parte de las personas, que no puede ser restringido mediante la normativa nacional y que no puede fundarse en prácticas culturales que habilitan la coacción o la violencia.

⁹ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¹⁰ Programa de acción, conferencia internacional sobre la población y el desarrollo, El Cairo 1 al 13 de septiembre 1994.

2. Infertilidad

La infertilidad es un problema de salud pública que afecta a un porcentaje considerable de la población en México, donde las causas son similares a las descritas globalmente, incluyendo factores femeninos, masculinos y mixtos.¹¹ Según Fernández-González y Martínez-Rodríguez, la infertilidad impacta significativamente la calidad de vida de las parejas mexicanas, debido a las implicaciones emocionales, sociales y culturales que conlleva¹². Además, estos autores resaltan la importancia de contar con un sistema de salud que brinde acceso efectivo a diagnósticos oportunos y tratamientos de reproducción asistida, considerando las particularidades del contexto nacional. Con esto, Hernández y López destacan la necesidad de programas integrales que incluyan soporte psicológico y asesoría genética para mejorar los resultados clínicos y el bienestar emocional de los pacientes.¹³

La infertilidad representa un desafío multidimensional en el contexto mexicano, donde convergen factores biológicos, sociales, culturales y económicos. En mi opinión, es fundamental que las políticas públicas de salud reconozcan esta condición no solo como un problema médico, sino también como una cuestión social que afecta la calidad de vida y el bienestar emocional de las parejas. La integración de servicios de diagnóstico y tratamiento accesibles, junto con programas de apoyo psicológico y educación sexual, puede contribuir a disminuir el estigma asociado y mejorar los resultados clínicos. Además, considerando las disparidades socioeconómicas en México, es imperativo promover la equidad en el acceso a tratamientos de reproducción asistida, garantizando que estos servicios no estén limitados únicamente a sectores con mayores recursos. Solo a través de un abordaje integral e inclusivo será posible atender la infertilidad de manera efectiva, respetando los derechos y dignidad de las personas afectadas.

Tomando como base este problema de salud mundial, debe quedar evidenciado que todos los seres humanos tenemos el derecho a gozar del máximo grado de salud física y mental que se pueda lograr, usando todos los medios necesarios que tengamos a nuestro alcance teniendo como límite que no contrarie el orden público. Teniendo en cuenta que

¹¹ GARCÍA, M. E., PÉREZ, L. A., & SÁNCHEZ, R., “Epidemiología y tratamiento de la infertilidad en México”, *Gaceta Médica de México*, 2016, no. 4, vol. 152, pp. 457-462

¹² FERNÁNDEZ-GONZÁLEZ, R., & MARTÍNEZ-RODRÍGUEZ, J., “Impacto psicosocial de la infertilidad en parejas mexicanas”, *Revista Mexicana de Psicología*, 2018, no. 2, vol. 35, pp. 120-121.

¹³ HERNÁNDEZ, P., & LÓPEZ, S., “Abordaje integral de la infertilidad: experiencia en un centro de reproducción asistida en México”, *Revista de Salud Pública de México*, 2020, no. 1, vol. 62, pp. 89-99.

todos los individuos y las parejas tienen derecho a decidir el número de hijos que desean tener, el momento de tenerlos y el intervalo de tiempo entre los nacimientos, esto es imposible en parejas que no pueden concebir de forma natural, Por consiguiente, abordar la cuestión de la infertilidad es una parte importante de la realización del derecho de los individuos y las parejas a fundar una familia.

Una amplia diversidad de personas, tales como parejas heterosexuales, parejas del mismo sexo, personas de edad, personas que no mantienen relaciones sexuales y quienes padecen determinadas afecciones médicas, como algunas parejas serodiscordantes en relación con el VIH y personas que han sobrevivido al cáncer, pueden necesitar servicios de atención de la fecundidad y tratamiento de la infertilidad, pues en ejercicio de su derecho a la libre determinación de la personalidad y en cumplimiento de sus planes de vida y a su derecho de crear una familia, hacen uso de los medios que ofrecen los campos de la medicina que se encuentran en constante evolución y otorgan probables soluciones para tratar su problema de salud.

Respecto a la problemática señalada en líneas que anteceden se hace necesaria que las personas, que por alguna razón no puedan procrear de forma natural puedan hacerlo a través del derecho a gozar los beneficios del progreso científico que incluye las nuevas tecnologías en reproducción, tal como pudiese ser la fecundación In vitro (FIV).

Esta técnica de reproducción se define como la técnica de reproducción asistida que involucra fecundación extracorpórea. La técnica consiste en una estimulación ovárica controlada mediante medicamentos aplicados a la mujer con la intención de obtener múltiples folículos, los cuales contienen los ovocitos que serán aspirados posteriormente vía vaginal. Esos ovocitos serán fertilizados en el laboratorio (“in vitro”) y, posteriormente, los ovocitos que sean fertilizados y progresen adecuadamente a embriones serán transferidos a la cavidad uterina.¹⁴

En ese tenor se podría considerar que las personas que se encuentran en el supuesto de una infertilidad física como natural pueden estar disminuidas en sus capacidades físicas o mentales, por lo que tienen derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad. Por lo que en términos de lo establecido en la

¹⁴ BAGNARELLO GONZÁLEZ, Fiorella, *Fertilización in vitro: conceptualización*. <https://tinyurl.com/33skf6vk>

Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas que sean necesarias a fin de otorgarles a las parejas la posibilidad de ejercer su derecho a la reproducción, proporcionando programas asequibles en el ámbito sexual y reproductivo, con ello cumpliendo lo establecido en el pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales, en donde se reconoce el derecho a todas las personas del disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

Dentro de lo mencionado en líneas que anteceden, también juega un papel importante lo establecido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, así como del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, por mencionar algunos, pues establece que tenemos derechos a los beneficios que resulten de los progresos intelectuales tal como es el caso (FIV) u otros procedimientos que sean seguros para la salud, eficaces y aceptables para mujeres y hombres.

Sin embargo la ausencia de normas que abarquen de forma integral, todos los aspectos de los tratamientos de reproducción asistida ha generado de la práctica de estos procesos sean a través de parámetros propios que las instituciones de salud propongan, creando con ello, inseguridad jurídica para todas las partes intervinientes y para el caso de la gestación por sustitución, los que podrían resultar más vulnerables son las mujeres gestantes y los hijos que nazcan producto de este tipo de acuerdos.

III. MATERNIDAD SUBROGADA

La maternidad subrogada es una modalidad de reproducción asistida en la que una mujer, llamada gestante o madre subrogada, acuerda llevar a término un embarazo para otra persona o pareja, que serán los padres legales del niño una vez nacido. Esta práctica puede ser altruista, cuando no existe compensación económica, o comercial, cuando la gestante recibe una remuneración. La maternidad subrogada ha generado intensos debates en el ámbito jurídico, ético, social y psicológico, ya que implica la interacción de derechos fundamentales como la autonomía reproductiva, la protección del niño y la dignidad de la mujer gestante.

La maternidad subrogada es una práctica reproductiva mediante la cual una mujer accede a gestar un hijo para otra persona o pareja, quienes serán los progenitores legales del niño al nacer. Esta figura ha generado un amplio debate en el ámbito jurídico, ético y social, ya que involucra la autonomía y derechos de la mujer gestante, así como la protección de los

derechos del menor y la posible mercantilización del cuerpo femenino. Gómez sostiene que la maternidad subrogada cuestiona los límites entre la reproducción asistida y la comercialización del cuerpo humano¹⁵ mientras que Roldán señala que la regulación varía considerablemente según el país, existiendo desde prohibiciones estrictas hasta marcos legales que permiten la subrogación bajo ciertas condiciones.¹⁶ Por su parte, Benítez enfatiza la necesidad de un enfoque centrado en la protección de los derechos humanos de todas las partes involucradas, priorizando la dignidad y el bienestar tanto de la gestante como del niño.¹⁷

Desde una perspectiva académica, considero que la maternidad subrogada es un fenómeno complejo que requiere una regulación equilibrada y cuidadosa. Es fundamental que los marcos legales reconozcan y protejan la autonomía y dignidad de la mujer gestante, evitando cualquier forma de explotación o coerción. A la vez, se debe garantizar el interés superior del niño, asegurando su derecho a la identidad y protección legal. La ausencia de una normativa uniforme a nivel internacional evidencia la necesidad de un diálogo global que permita establecer estándares mínimos para esta práctica, orientados a respetar los derechos humanos y a promover la justicia social. Asimismo, es imprescindible promover una educación y reflexión ética en la sociedad, que contribuya a desmitificar y entender las implicaciones de la maternidad subrogada en sus múltiples dimensiones.

IV. EL CONTRATO DE SUBROGACIÓN, FORMA, REQUISITOS NULIDAD Y RESPONSABILIDAD

A nivel federal, no hay una regulación de las técnicas de reproducción asistida, sino solamente un tipo penal establecida en la Ley General de Salud, en el Artículo 466 que instituye, que al que sin consentimiento de una mujer o aun con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años. La mujer casada no podrá otorgar su

¹⁵ GÓMEZ, M., *Reproducción asistida y bioética: desafíos contemporáneos*, Editorial Académica, España, 2015, p. 102.

¹⁶ Cfr. ROLDÁN, F., *Regulación jurídica de la maternidad subrogada: un análisis comparado*, Editorial Jurídica Internacional, Santo Domingo, 2018.

¹⁷ Cfr. BENÍTEZ, L., *Ética y derechos humanos en la maternidad subrogada*, Editorial Jurídica, Nicaragua, 2020.

consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge¹⁸., por lo que, a nivel nacional, es insuficiente una legislación en la cual incluye solo un artículo que habla de las técnicas de reproducción, limitándolo a una prohibición total tratándose de menores y una permisible siempre y cuando se obtenga el consentimiento expreso de ambos cónyuges.

Sin embargo, algunos estados tienen cierta regulación, como Estado de México, Michoacán, Morelos, Zacatecas, Sonora y San Luis Potosí. En el estado de Tabasco existe una regulación sobre el vientre subrogado; ese estado se dio a la tarea legislativa de incluir en su ordenamiento jurídico, esta figura que aunque novedosa, es usada por infinidad de parejas que ven una esperanza para consolidar sus deseos de convertirse en progenitores intencionales, aunque muchas veces uno de ellos no sea el padre biológico (inseminación artificial heteróloga) teniendo este último la voluntad procreacional de constituir un vínculo filial para que el producto de la concepción y este, queden vinculados jurídicamente con todas las consecuencias de derecho que ello implica, por lo que para efectos prácticos, únicamente analizaremos la legislación del estado de Tabasco, dicha figura se encuentra regulada en el código civil del estado de Tabasco, precisamente en capítulo VI BIS denominado de la gestación asistida y subrogada, refiriéndonos el siguiente concepto asignado, dentro del artículo 380 bis, y cito: Concepto de Reproducción Humana Asistida, Se entiende por reproducción humana asistida, el conjunto de prácticas clínicas y biológicas para la creación de un nuevo ser humano, logrado mediante técnicas científicamente acreditadas y autorizadas por la legislación en materia de salud, realizadas con la intervención de personal de la salud, constituidas por métodos de fertilización de células germinales, gametos de uno o ambos sexos, además de la reproducción de cigotos y embriones, que permitan la procreación fuera del proceso biológico natural de la pareja infértil o estéril.

Es importante recalcar que el estado de Tabasco estableció ciertas condiciones que deberá cumplir la gestante con la finalidad de que dicha figura no se utilice arbitrariamente, en todo momento salvaguardando los derechos de ella y evitar que exista abusos hacia la gestante por la probable desventaja económica, por lo que a través de la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado de Tabasco, determinará el perfil clínico, psicológico y social de la “madre gestante” 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

¹⁸ Ley General de Salud.

desarrollo de la gestación. Así mismo se establece que de ninguna manera la madre candidata a hacer gestante, deberá padecer alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía, de existir prueba fehaciente, no podrá ser contratada como madre gestante.

Así mismo únicamente pueden ser contratadas las mujeres de entre veinticinco y hasta treinta y cinco años de edad, tengan una buena salud biosicosomática y que hayan dado su consentimiento de manera voluntaria para ser gestante subrogada o sustituta, habiendo adquirido plena información acerca del proceso, previa a la manifestación de su consentimiento.

Respecto al tema de la edad, la SCJN, a través de la primera sala, resolvieron juicio de amparo indirecto, en contra del requisito previsto en la última parte de la fracción III del artículo 380 Bis 5 del Código Civil para el Estado de Tabasco, consistente en que la madre contratante debe acreditar tener entre veinticinco y cuarenta años.¹⁹

El criterio que se adoptó fue de que la imposición de un rango de edad para estar en posibilidad de convertirse en madre mediante el contrato de gestación subrogada o por sustitución es una medida discriminatoria y vulnera el derecho humano a la autodeterminación reproductiva., debido a que la medida legislativa emplea la edad como criterio de distinción y a que ésta constituye una de las categorías especialmente protegidas en el quinto párrafo del artículo 1o. Constitucional, la validez constitucional de la medida depende de que supere el test de proporcionalidad bajo un escrutinio estricto de constitucionalidad. En el análisis de la primera etapa, la sala advirtió que la medida no se encuentra encaminada a satisfacer algún propósito constitucional de carácter imperioso, razón por la que no supera el test de proporcionalidad. Contrario a ello, se advierte que la medida legislativa contraviene directamente el mandato constitucional previsto en el artículo 4o. constitucional sobre la libertad y la autonomía reproductiva, en tanto que vulnera el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espacimientto de los hijos(as).

Así mismo, la legislación de tabasco previo la hipótesis en el caso de que la gestante sustituta o su cónyuge demanden la paternidad o maternidad, solamente podrán recibir,

¹⁹ Tesis: 1a./J. 86/2022 (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 14, junio de 2022, tomo V, p. 4459. Registro digital 2024846.

previo reconocimiento de su cónyuge, la custodia del producto de la inseminación, únicamente cuando se acredite la incapacidad o muerte de la madre o padre contratantes.

1. Forma de manifestación de la voluntad en el contrato de gestación

La manifestación de la voluntad es un elemento esencial para la validez y formación del contrato de gestación subrogada, ya que a través de ella las partes expresan su consentimiento para obligarse legalmente bajo los términos acordados.

En este tipo de contrato, la manifestación de la voluntad debe cumplir con las siguientes características:

1. Forma escrita: La voluntad de los futuros padres comitentes y de la mujer gestante debe constar por escrito, ya que este contrato involucra derechos fundamentales y aspectos sensibles relacionados con la maternidad y la filiación. La formalización por escrito permite garantizar la claridad y evitar posibles conflictos futuros.
2. Consentimiento libre e informado: La mujer gestante debe otorgar su consentimiento de manera voluntaria, sin presiones ni coacciones, y con pleno conocimiento de las implicaciones médicas, legales y éticas del proceso. Esto implica que reciba información completa y comprensible acerca del procedimiento y sus consecuencias.
3. Voluntad clara y explícita: La manifestación del consentimiento debe ser inequívoca y expresada con claridad para que el acuerdo tenga efectos jurídicos. Ambas partes deben mostrar la intención consciente de asumir las obligaciones y derechos que el contrato implica.
4. Cumplimiento de formalidades legales: Dependiendo de la legislación aplicable, el contrato puede requerir la intervención de un notario público, juez o autoridad competente para su validación y registro, lo que refuerza la legalidad y protección de los derechos involucrados.

Según la autora, Vela Sánchez, señala forma de manifestación de la voluntad en el contrato de gestación subrogada debe garantizar la transparencia, la protección de los

derechos de la mujer gestante y los futuros padres, así como la seguridad jurídica del proceso.²⁰

La manifestación de la voluntad en el contrato de gestación subrogada constituye un acto jurídico complejo que debe cumplir con altos estándares de transparencia y protección de derechos para garantizar su legitimidad y eficacia. Tal como señala Vela Sánchez, este proceso no solo implica un consentimiento formal, sino una expresión consciente, informada y libre de coerciones que salvaguarde la dignidad y autonomía de la mujer gestante, así como los derechos de los padres intencionales.

2. Nulidad de contrato de gestación

Dentro de la legislación que analizamos en este apartado, nos establece cuando el contrato de gestación será nulo, siempre cuando se actualicen algunas de las siguientes circunstancias:

- A) Exista algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas;
- B) No cumpla con los requisitos y formalidades que señala el Código;
- C) Se establezcan compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del niño y la dignidad humana;
- D) Intervengan agencias, despachos o terceras personas; y
- E) Se establezcan compromisos o cláusulas que contravengan el orden social y el interés público.

Pese a que se declare la nulidad del contrato, no le son aplicables las reglas de la nulidad ya sea absoluta o relativa que se estudia en el derecho de las obligaciones, pese a declararse la nulidad sus efectos no serán destruidos retroactivamente como acontece en los demás actos jurídicos o contractuales comunes, y surtirán efectos. en este caso en particular, sin excepción a las partes contratantes de las responsabilidades adquiridas y derivadas de su existencia.

Por ende, otro requisito insuperable es que los profesionales o personal de salud que realicen esta práctica médica deberán acreditar que cumplen con la autorización de la

²⁰ Cfr: VELA SÁNCHEZ, Antonio J., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Editorial Comares, España, 2012.

Secretaría de Salud del Gobierno del Estado, debiendo informar ampliamente de las consecuencias médicas y legales por la implantación de pre embriones y embriones en el cuerpo de una mujer gestante, deberán y/o actuarán con estricto apego al secreto profesional, respecto a la identidad de las personas que intervienen en la implantación. El médico tratante deberá solicitar los documentos que acrediten que las personas que van a intervenir cumplen con las formalidades y requisitos legales y físicos.

3. Requisitos del contrato de gestación

El consentimiento libre, informado y voluntario es un pilar fundamental en la validez del contrato de gestación, pues garantiza el respeto a la autonomía de la mujer gestante, tal como lo señalan Beauchamp y Childress en su teoría de la ética biomédica, donde el consentimiento informado es indispensable para que las decisiones personales se tomen de manera consciente y sin coerción. Asimismo, desde la perspectiva jurídica, la capacidad legal de las partes para celebrar un contrato es indispensable para su validez,²¹ pues, como establece García Máyne, es necesario que los sujetos tengan plena capacidad jurídica para manifestar su voluntad y asumir las obligaciones y derechos derivados del acto jurídico. La convergencia de estos principios éticos y jurídicos asegura que el contrato de gestación se celebre bajo condiciones que protejan tanto la libertad de elección como la seguridad jurídica de todas las partes involucradas.²²

El contrato de gestación deberá ser suscrito por las partes, previo cumplimiento por parte de los contratantes de los siguientes requisitos:

- I.- Ser ciudadanos mexicanos; este requisito es considerado por muchos a nivel internacional como discriminatorio.
- II.- Poseer plena capacidad de goce y ejercicio de sus derechos;
- III.- La mujer contratante debe acreditar, mediante certificado médico expedido por el médico tratante de la institución acreditada, que no posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y que cuenta entre veinticinco y cuarenta años de edad;

²¹ Cfr. BEAUCHAMP, Tom L., & CHILDRESS, James F., *Principios de ética biomédica*, 7ª ed., Oxford University Press, Nueva York, 2013.

²² Cfr. GARCÍA MÁYNE, Eduardo, *Teoría general del derecho*, 9ª ed., Editorial Porrúa, México, 2015.

IV.- La mujer gestante debe otorgar su aceptación pura y simple para que se lleve a cabo en su útero la implantación de la mórula y reconocer su obligación de procurar el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el periodo gestacional y a concluir la relación contratada, respecto al o los recién nacidos y los padres contratantes una vez producido el nacimiento;

V.- La gestante cumpla con los requisitos establecidos en el Código aplicable.

Para los efectos de la fracción III, el médico tratante adicionalmente deberá extender y solicitar los certificados médicos que acrediten los supuestos correspondientes.

De ese modo, cada médico tratante, realizará los exámenes médicos previos al uso de la técnica de reproducción asistida y demás que sean necesarios para acreditar que la salud física y mental de la mujer gestante sea optima, con la finalidad de corroborar que la madre gestante, no posea ningún padecimiento que ponga en riesgo el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el período gestacional. La mujer gestante, el padre y la madre contratantes, deberán someterse a los estudios que establezca la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado y que garanticen la salud de los implicados.

En este apartado es relevante señalar que el alto tribunal resolvió respecto al requisito de corroborar que la mujer o persona gestante no tiene ningún padecimiento que ponga en riesgo el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el periodo gestacional debe interpretarse conforme a los derechos de las mujeres y de las infancias,²³ a causa de, dos mujeres promovieron juicio de amparo indirecto en contra del requisito previsto en el segundo párrafo del artículo 380 Bis 5 del Código Civil para el Estado de Tabasco, consideraron que se les vulneraba, los derechos de las mujeres al hacer prevalecer el bienestar del feto sobre la propia salud, vida e integridad de las mujeres o personas gestantes.

Sin embargo la sala del conocimiento determino que la obligación dirigida al personal de salud involucrado de corroborar que la mujer o persona gestante no posee ningún padecimiento que ponga en riesgo el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el periodo gestacional es constitucionalmente válida, supone la necesidad de verificar que la mujer o persona gestante posee las condiciones de salud idóneas para llevar a cabo la labor

²³ Tesis: 1a. XXII/2022 (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 14, junio de 2022, tomo V, p. 4660. Registro digital: 2024844.

reproductiva, de tal manera que se evite poner en riesgo su bienestar integral, así como también, en vía de consecuencia, el bienestar y sano desarrollo del feto.

Basando su justificación en el sentido de que los derechos humanos de la gestante y aquellos que progresivamente vaya adquiriendo el producto de la fecundación deben ser interpretados a la luz de los principios de indivisibilidad e interdependencia consagrados en el artículo 1o. constitucional. Dichos principios hermenéuticos prohíben interpretar los derechos humanos como mutuamente excluyentes tanto en el plano jurídico, como en el plano material. De ahí que el ordenamiento jurídico prevea que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, están obligadas a garantizar ambos derechos de manera proporcional con el fin de lograr maximizar el respeto y protección adecuado para ambas partes.

Por tanto, no existe posibilidad constitucionalmente válida de interpretar la norma en el sentido de que se deba dar prioridad a la salud del feto sobre la salud de la mujer o persona gestante, pues de ser el caso, esa interpretación implicaría colocar en un plano de jerarquía la protección de los derechos del producto de la fecundación sobre los derechos de las mujeres o personas gestantes, lo cual, a su vez, representaría una forma de violencia de género y, por ende, incidiría gravemente en el respeto y protección de sus derechos fundamentales. Otro requisito sine qua non, se requiere al momento de realizar este tipo de contrato es que sea suscrito el instrumento jurídico ante un Notario Público, aunado a ello deberá ser aprobado por el Juez competente, a través de procedimiento judicial no contencioso, en el que se reconozca el vínculo entre los contratantes y el feto, a su vez que la gestante y, en su caso, su cónyuge o concubino renuncien a cualquier derecho de parentesco con el recién nacido. El Instrumento aprobado deberá ser notificado en sus efectos a la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado. Limitando únicamente la implantación de hasta dos embriones fecundados en un mismo procedimiento de reproducción asistida.

4. Asentamiento del recién nacido

El asentamiento del recién nacido es un proceso vital de adaptación que ocurre inmediatamente después del nacimiento, en el que el bebé debe ajustarse a un nuevo ambiente

externo con condiciones físicas y ambientales distintas al útero materno.²⁴ Durante este período, es fundamental que el neonato establezca la primera respiración eficaz, regularice su ritmo cardíaco y mantenga la temperatura corporal, aspectos clave para la homeostasis y supervivencia. Además, prácticas como el contacto piel con piel y la alimentación temprana contribuyen significativamente a la estabilidad fisiológica y al bienestar emocional del recién nacido, facilitando su asentamiento integral.²⁵ La Organización Mundial de la Salud enfatiza que una atención adecuada en esta etapa es indispensable para prevenir complicaciones y promover un desarrollo saludable, consolidando la base para el bienestar futuro del niño.²⁶

El asentamiento del recién nacido es un proceso fundamental que determina el inicio del desarrollo saludable y el bienestar integral del infante. Desde una perspectiva académica, considero que la atención oportuna y adecuada durante este período no solo influye en la estabilización fisiológica del neonato, sino también en su desarrollo emocional y neurológico a largo plazo. La implementación de prácticas basadas en evidencia, como el contacto piel con piel y la alimentación temprana, debe ser prioridad en los protocolos hospitalarios para favorecer una transición armónica entre el ambiente intrauterino y el extrauterino. Además, es vital que el personal de salud esté capacitado para identificar y manejar posibles complicaciones en esta etapa crítica, garantizando así no solo la supervivencia sino también la calidad de vida del recién nacido. Por ello, la interdisciplinariedad y el enfoque humanizado en el cuidado neonatal constituyen pilares esenciales para optimizar los resultados en este proceso de asentamiento.

Ahora una de las dudas más importantes, es saber cómo se hará el asentamiento ante la autoridad registral, como primer punto de partida el certificado de nacimiento será expedido por el médico autorizado o tratante que haya asistido a la mujer gestante en el nacimiento del o los recién nacidos; también llenará el formato expedido para tal efecto por la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado, el que contendrá, en este caso, la constancia que la gestación fue asistida a través de una técnica de apoyo a la reproducción humana o práctica médica, denominada gestación por contrato.

²⁴ KORTE, A., LÓPEZ, J., & RAMÍREZ, S., “Adaptación fisiológica del recién nacido en el periodo inmediato postnatal”, *Journal de Pediatría y Neonatología*, 2018, no. 3, vol. 9, pp. 101-109

²⁵ BRAVO, M., & DÍAZ, L., “Prácticas de cuidado temprano y su impacto en el asentamiento del recién nacido”, *Revista Latinoamericana de Neonatología*, 2019, no. 1, vol. 12, p. 45.

²⁶ Organización Mundial de la Salud, *Cuidados esenciales del recién nacido*, Ginebra, 2017.

El asentamiento del recién nacido deberá realizarse mediante la figura de la adopción plena aprobada por Juez competente, en los términos del presente Código.

Sin embargo, con la finalidad que no haya duda alguna la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de ese modo, en la primera sala, resolvió a través de la tesis aislada número 2024845, que el asentamiento de una persona recién nacida sólo se hará mediante adopción plena cuando se trate de la modalidad de gestación subrogada, no así cuando se trate de la modalidad de gestación por sustitución.²⁷

Por lo tanto, al resolver el amparo indirecto en contra del segundo párrafo del artículo 380 Bis 6 del Código Civil, para el Estado de Tabasco por considerar que vulnera el principio del interés superior de la infancia, así como el de igualdad y no discriminación, al otorgar el mismo tratamiento jurídico a dos situaciones distintas, ya que impone que el asentamiento de la persona recién nacida sea mediante la adopción plena tanto cuando la mujer o persona gestante esté genéticamente vinculada con el producto de la fecundación (gestación subrogada), como cuando no lo esté (gestación por sustitución).

La Sala del conocimiento al realizar una lectura armónica e integral de los artículos 380 Bis 2 y 380 Bis 6, haciendo una clara diferenciación en el asentamiento de la persona recién nacida, deberá realizarse mediante la figura de la adopción plena aprobada por la autoridad judicial competente, únicamente en el caso de la modalidad de gestación subrogada, esto es, cuando la mujer o persona gestante esté genéticamente vinculada con el producto de la fecundación. Aclarando esta problemática de la siguiente manera, se consideró conveniente tener presente que las situaciones descritas por la parte quejosa tenían como punto de referencia –para efectos del tratamiento diferenciado– la existencia (o no) de un vínculo genético entre las partes contratantes y la persona nacida con motivo del contrato de gestación asistida.

Así mismo, es preciso advertir que las situaciones descritas por las quejas se encuentran clasificadas en la propia regulación como modalidades o formas del contrato de gestación en términos del artículo 380 Bis 2 del Código Civil para el Estado de Tabasco. De dicho precepto, es posible apreciar que la autoridad legislativa, contrario a lo planteado por la parte quejosa, sí otorgó un tratamiento diferenciado para cada una de las modalidades del

²⁷ Tesis: 1a. XIX/2022 (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 14, junio de 2022, tomo V, p. 4656. Registro digital: 2024845.

contrato bajo análisis, expresamente dispuso que, en la modalidad de gestación subrogada (cuando la mujer o persona gestante aporta su óvulo) procede la adopción plena, mientras que en la modalidad de gestación sustituta (cuando la mujer o persona gestante no aporta su óvulo), al no haber vínculo genético con la persona gestada.

La legislación no prevé la misma norma. Así, la legislación dispone que sólo cuando la gestante se encuentre genéticamente vinculada con el producto de la fecundación se torna pertinente la figura de adopción plena, por ende, sólo en tal escenario se hace necesario el desplazamiento de los derechos de filiación de la gestante a favor de la madre intencional, de conformidad con lo acordado en el respectivo contrato.

Por tanto, a partir de una lectura integral del artículo 380 Bis 2 y del artículo 380 Bis 6, segundo párrafo, ambos del Código Civil para el Estado de Tabasco, es posible determinar que la regulación sí establece un tratamiento jurídico diferenciado para cada una de las modalidades contempladas, por lo que no se actualiza la vulneración al principio de igualdad y no discriminación en los términos reclamados. En conclusión, se hará en adopción plena en el caso de la gestación por subrogación, cuando el producto de la concepción tenga un lazo genético con la gestante, pues es ella quien aporta el ovulo, y no cuando sea utilizada la gestación por sustitución, pues el producto de la concepción no tendrá en ningún caso lazo genético alguno.

5. Responsabilidades

El contrato de gestación implica una serie de responsabilidades legales y éticas que deben ser claramente establecidas para proteger a todas las partes involucradas, especialmente al recién nacido. Según Sánchez, la gestante tiene la responsabilidad de cuidar adecuadamente su salud durante todo el embarazo, incluyendo la asistencia a controles médicos regulares y la adopción de conductas que no pongan en riesgo la gestación.²⁸ Gómez y Ramírez destacan que los padres intencionales deben proporcionar el apoyo económico necesario, cubrir los gastos médicos y cumplir con las condiciones acordadas en el contrato.²⁹ Asimismo, López y Torres subrayan la importancia de respetar los derechos del niño y las

²⁸ SÁNCHEZ, R., *Maternidad subrogada: aspectos éticos y legales*, Editorial Académica Española, España, 2019.

²⁹ GÓMEZ, M., & RAMÍREZ, L., “Responsabilidades y derechos en los contratos de gestación subrogada”, *Revista Mexicana de Derecho y Bioética*, 2021, no. 2, vol. 7, pp. 45-60.

normativas legales vigentes, dado que la regulación de la gestación subrogada varía según el país.³⁰ Fernández señala que un cumplimiento riguroso de las responsabilidades contractuales es esencial para garantizar el bienestar y la seguridad jurídica de todas las partes, evitando conflictos futuros y asegurando un proceso ético y transparente.³¹

El contrato de gestación subrogada representa un desafío ético y jurídico contemporáneo que requiere una clara definición y cumplimiento de responsabilidades para garantizar la protección integral de todas las partes involucradas, especialmente del recién nacido. Desde una perspectiva académica, considero que es imprescindible que estos contratos no solo contemplen aspectos económicos y legales, sino que también integren protocolos rigurosos de acompañamiento psicológico y médico para la gestante y los padres intencionales. Además, dada la diversidad de normativas a nivel internacional, es fundamental promover un marco jurídico armonizado que asegure el respeto a los derechos humanos y la dignidad del niño, evitando situaciones de explotación o vulneración. La transparencia, el respeto mutuo y el enfoque centrado en el bienestar del recién nacido deben constituir los pilares de cualquier acuerdo de gestación, promoviendo así prácticas éticas y responsables en este campo emergente.

Por otra parte, según la legislación del estado de tabasco refiere que el contrato de gestación no tendrá validez cuando haya existido error o dolo respecto a la identidad de los padres contratantes por parte de la mujer gestante, en cuyo caso están a salvo sus derechos para demandar civilmente los daños y perjuicios ocasionados y presentar denuncias penales, en su caso.

Asimismo, podrá la gestante demandar a la madre y al padre contratantes el pago de gastos médicos, en caso de patologías genéticas y las que deriven de una inadecuada atención y control médico prenatal y postnatal. Será obligación de los padres contratantes garantizar con una póliza de seguro de gastos médicos mayores, expedido por una institución de seguros establecida legalmente en territorio nacional, que cubra los gastos originados en la atención del embarazo, parto y puerperio, a favor de la gestante sustituta o subrogada.

³⁰ LÓPEZ, J., & TORRES, F., “La protección jurídica del niño en la gestación subrogada”, *Revista de Estudios Sociales y Jurídicos*, 2020, no. 1, vol. 15, pp. 89-103.

³¹ Cfr. FERNÁNDEZ, A., *Aspectos legales de la maternidad subrogada: un análisis comparativo*, Editorial Jurídica, México, 2018.

Se harán acreedores a las responsabilidades civiles aquellos médicos tratantes que realicen la implantación o fecundación de embriones humanos sin su consentimiento y sin la plena aceptación de las partes que intervienen.

Los notarios públicos que indebidamente den fe o certifiquen contratos de gestación sin apego a las disposiciones jurídicas aplicables, serán separados definitivamente de su encargo, en términos de la Ley de la materia, sin demérito de las demás responsabilidades o delitos en que incurran.

El hecho de que en varios estados no este permitido ni prohibido esta modalidad de reproducción, no implica que no podamos hacer ejercicio de nuestro derecho al disfrute del avance científico, por lo que las autoridades deberán tener pautas mínimas de actuación, para poder supervisar un contrato de esta naturaleza , para esta circunstancia la Primera Sala considera necesario precisar las siguientes pautas mínimas de actuación dirigidas a las autoridades encargadas de supervisar la validez de un contrato de esta naturaleza:

- a) Verificar que el contrato explicita los riesgos que podrían o deberían asumir los padres o las madres potenciales en caso de incumplimiento por parte de la gestante;
- b) Garantizar que, de pactarse una sanción por incumplimiento de la gestante, ésta sea razonable, tomando en cuenta su condición particular, como su situación socioeconómica o la severidad de un eventual impacto psicológico;
- c) Corroborar que el contrato reparta proporcionalmente las cargas del incumplimiento entre las partes, protegiendo a la parte que se encuentra en desventaja por razones económicas;
- d) Verificar que la gestante y los padres o madres intencionales estén perfectamente conscientes de estas eventuales sanciones e implicaciones en caso de incumplimiento de la gestante; e) Supervisar que no se pacten cláusulas que denieguen la posibilidad de la gestante de conducirse de acuerdo con su proyecto de vida, o que pongan en riesgo su salud; y,
- f) En caso de pactarse una prestación económica, vigilar la forma en que ésta debe entregarse y las consecuencias de no hacerlo, con el fin de garantizar el bienestar de la gestante.³²

³² Tesis: 1a. XX/2022 (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 14, junio de 2022, tomo V, p. 4661. Registro digital: 2024847.

Esto con la finalidad de evitar violaciones de derechos a las mujeres evitando cualquier probable discriminación, por el carácter sui generis del contrato de mérito, así como, principalmente, el grave contexto de desigualdad de género que actualmente prevalece en nuestra sociedad, son dos razones fundamentales para que a juicio de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resulte indispensable implementar determinadas salvaguardas respecto al consentimiento expresado por las mujeres o personas gestantes en este tipo de contrato, así como con respecto a las posibles consecuencias que podría generar su incumplimiento.

V. CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS (“FECUNDACIÓN IN VITRO”) VS. COSTA RICA SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2012

En este apartado analizaremos un caso resuelto por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, únicamente en el apartado de los derechos reproductivos. Para efectos prácticos expondremos brevemente los hechos de caso:

Los hechos del presente caso se relacionan con la aprobación del Decreto Ejecutivo No. 24029-S de 3 de febrero de 1995, emitido por el Ministerio de Salud, el cual autorizaba la práctica de la fecundación in vitro (FIV) para parejas conyugales y regulaba su ejecución. La FIV fue practicada en Costa Rica entre 1995 y 2000.

Sin embargo, el día 7 de abril de 1995 se presentó una acción de inconstitucionalidad contra dicho Decreto Ejecutivo, utilizando diversos alegatos sobre violación del derecho a la vida. El 15 de marzo de 2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema anuló por inconstitucionalidad el decreto ejecutivo antes mencionado, en consecuencia. Nueve parejas presentaron una petición a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debido a esta situación. En todas las personas se evidenció:

- i) Las causas de infertilidad de cada pareja;
- ii) Los tratamientos a los cuales recurrieron para combatir dicha condición;
- iii) Las razones por las cuales acudieron a la FIV;
- iv) Los casos en que se interrumpió el tratamiento para realizar la FIV debido a la Sentencia, y
- v) Los casos en que las parejas debieron viajar al exterior para realizarse dicho procedimiento.

La Corte IDH consideró que el presente caso se trataba de una combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada, que se relacionan con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental, y específicamente los derechos reproductivos de las personas. En el sentido al derecho a formar una familia el convenio europeo de derechos humanos únicamente hace una ligera referencia a lo que abarca pues refiere lo siguiente art 8 .1 toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar de su domicilio y de su correspondencia,³³ al contrario de ello, la Convención Americana en su artículo 17 establece a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.³⁴

Dentro de varios criterios de la Corte ya ha indicado que el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. El artículo 17.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos protege el derecho a fundar una familia, el cual está ampliamente consagrado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia.

El derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 (e) de la Convención para la eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho “a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”³⁵ en base a los hechos del caso, este derecho es violado a partir de que el estado prohibió la posibilidad de acceder a los tratamientos médicos a su alcance para lograr ser padres pues obstaculizo los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho de controlar su fecundidad.

³³ Convenio Europeo de Derechos Humanos, artículo 8.

³⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 17.

³⁵ Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 16, inciso e)

La salud reproductiva implica los derechos del hombre y de la mujer a ser informados, así mismo, tener libre elección y acceso a métodos para regular la fecundidad, que sean seguros, eficaces, de fácil acceso y aceptables.

Finalmente, el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho al goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente y, en el ámbito interamericano, se encuentra contemplado en el artículo XIII de la Declaración Americana que refiere; toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos.³⁶ y en el artículo 14.1 b) Gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico,³⁷ del Protocolo de San Salvador.

La Asamblea General de Naciones Unidas, en su Declaración sobre este derecho, señaló la relación entre éste y la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de todos los sectores de la población. Por tanto, y conforme al alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones.

Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud, en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona.

Una vez comprobado que existió una injerencia tanto por el efecto prohibitivo que en general causó la sentencia de la Sala Constitucional, así como el impacto que lo anterior produjo en las presuntas víctimas en el presente caso, la Corte consideró necesario entrar a analizar, si dicha injerencia o restricción se encuentra justificada.

³⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³⁷ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Protocolo de San Salvador.

la Corte ha señalado que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos.

1. Interpretación evolutiva

El caso deberá analizarse a través de la interpretación evolutiva, ya que, es de gran importancia, teniendo en cuenta que la FIV es un procedimiento que no existía al momento en el que se redactó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptaron al contenido del artículo 4.1 de la Convención. Por tanto, la Corte analizó dos temas en el marco de la interpretación evolutiva.

Las regulaciones y prácticas del derecho comparado en relación con la FIV, a pesar de que no existen muchas regulaciones normativas específicas sobre la FIV en la mayoría de los Estados de la región, éstos permiten que la FIV se practique dentro de sus territorios. Por lo tanto, significa que, en el marco de la práctica de la mayoría de los Estados parte en la Convención, se ha interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV.

2. Proporcionalidad de la medida de prohibición

La Corte señaló que la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, libertad personal, a la vida privada y familiar. Además, la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual, como de pareja. A continuación, se analizará la presunta justificación de la interferencia que ha efectuado el Estado en relación con el ejercicio de estos derechos.

Límites impuestos a los derechos involucrados en el caso de análisis
Desde una primera instancia, la prohibición de la FIV impactó en la intimidad de las personas, toda vez que, en algunos casos, uno de los efectos indirectos de la prohibición ha sido que, al no ser posible practicar esta técnica en Costa Rica, los procedimientos que se impulsaron para acudir a un tratamiento médico en el extranjero exigían exponer aspectos que hacían parte de la vida privada.

Así mismo hubo una afectación a la autonomía personal y proyecto de vida de las parejas, pues solo por el hecho de no poder concebir de forma natural, tenía como una última

esperanza, el poder acceder a un tratamiento de fertilidad, por lo que la Corte observo que la FIV suele practicarse como último recurso para superar graves dificultades reproductivas. Por lo que, al declararse su prohibición en el país, afectó con mayor impacto los planes de vida de las parejas cuya única opción de procrear es la FIV.

En tercer lugar, se vio afectada la integridad psicológica de las personas al negarles la posibilidad de acceder a un procedimiento que hace posible desplegar la libertad reproductiva deseada. Toda vez que muchas parejas pasan un proceso difícil a nivel anímico, pues el hecho de no poder quedar embarazados cree entre ellas un sentimiento de tristeza e inclusive culpa, y el hecho de que la única esperanza que tenían, para cumplir sus planes de vida, hubiera desaparecido por la prohibición hecha por el Estado.

De manera que, por las razones señaladas, las parejas sufrieron una interferencia severa en relación con la toma de decisiones respecto a los métodos o prácticas que deseaban intentar con el fin de procrear un hijo o hija biológicos. Pero también existieron impactos diferenciados en relación con la situación de discapacidad, el género y la situación económica, aspectos relacionados con lo alegado por las partes respecto a la posible discriminación indirecta en el presente caso.

3. Severidad de la interferencia como consecuencia de la discriminación indirecta por el impacto desproporcionado respecto a discapacidad, género y situación económica

La Corte considero que el concepto de impacto desproporcionado está ligado al de discriminación indirecta, razón por la cual se analiza si en el presente caso existió un impacto desproporcionado respecto a discapacidad, género y situación económica.

- Discriminación indirecta en relación con la condición de discapacidad

El artículo 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se desprende el derecho de las personas con discapacidad de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva. Refiere que se proporcionarán a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y programas de salud pública dirigidos a la población;³⁸

³⁸ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad .

El Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad se tiene en cuenta el modelo social para abordar la discapacidad, lo cual implica que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva.

Con base en estas consideraciones y teniendo en cuenta la definición desarrollada por la OMS según la cual la infertilidad es una enfermedad es un trastorno del aparato del sistema reproductivo, la Corte considera que la infertilidad es una limitación funcional reconocida como una enfermedad y que las personas con infertilidad en Costa Rica, al enfrentar las barreras generadas por la decisión de la Sala Constitucional, debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva. Dicha condición demanda una atención especial para que se desarrolle la autonomía reproductiva.

- Conclusión sobre el balance entre la severidad de la interferencia y el impacto en la finalidad pretendida

La Corte concluyó que la Sala Constitucional adoptó una postura que otorgó una protección absoluta al embrión, sin considerar ni ponderar adecuadamente los derechos fundamentales en conflicto, lo que resultó en una intervención arbitraria. Esta excesiva interferencia, al no valorar de manera equilibrada los distintos derechos involucrados, fue considerada como una violación al principio de proporcionalidad, que exige que las restricciones a los derechos fundamentales sean necesarias y adecuadas para lograr un fin legítimo.

Además, se advirtió que dicha intervención resultó en efectos discriminatorios, ya que afectó de manera desigual a diferentes personas y grupos, sin justificación suficiente. La Corte destacó que la decisión de la Sala Constitucional careció de un análisis integral de las consecuencias sociales y personales que podrían derivarse de la protección absoluta del embrión, sin tener en cuenta otros aspectos como la salud, la autonomía reproductiva y los derechos de las mujeres. En este contexto, la Corte concluyó que la interpretación y

aplicación de la ley por parte de la Sala Constitucional resultaron en una restricción excesiva e injustificada de derechos fundamentales.

VI. NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN LEGISLATIVA

En esta sección se discute la necesidad de políticas inclusivas que consideren las necesidades específicas de las mujeres. Es importante mencionar que en la cuarta conferencia mundial sobre la mujer de Beijín, se establecieron algunas medidas que habrían de adoptarse por los gobiernos en colaboración con las organizaciones no gubernamentales, se destacó la marcada con el inciso b, en el que se establece que se deberá Reafirmar el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, proteger y promover el respeto de ese derecho de la mujer y de la niña, por ejemplo, incorporándolo en las legislaciones nacionales; examinar las leyes en vigor, incluidas las relativas a la atención de salud, y las políticas conexas, cuando sea oportuno, para poner de manifiesto el interés por la salud de la mujer y asegurarse de que responden a las nuevas funciones y responsabilidades de la mujer, donde quiera que vivan. Como objetivo estratégico propuesto por esta conferencia se indica la de promover la investigación y difundir información sobre la salud de la mujer, medidas que han de adoptarse como el hecho de prestar apoyo financiero e institucional a la investigación sobre métodos y tecnologías seguros, eficaces, asequibles y aceptables para la salud reproductiva y sexual de las mujeres y los hombres, incluidos métodos más seguros, eficaces, asequibles y aceptables para la regulación de la fecundidad incluida la planificación natural de la familia para ambos sexos, entre otras cosas. Estas investigaciones deben guiarse en todas las etapas por los usuarios y han de llevarse a cabo desde la perspectiva de la distinta condición entre varones y mujeres, en particular desde la perspectiva de género, y realizarse en estricta conformidad con norma de investigación biomédica, jurídicas, éticas, médicas y científicas internacionalmente aceptadas.

VII. CONCLUSIONES

La no regulación o inclusive la prohibición a nivel nacional, no permite solucionar las dificultades que surgen de esta novedosa figura, ya que, esta parece tener un auge progresivo, tomando en consideración que existen infinidad de parejas que tienen el deseo de ser padres,

sin embargo, el hecho de no poder concebir de forma natural trunca los planes de pareja y con ello el derecho a la libre determinación de la personalidad.

Los nuevos procedimientos científicos han dado pie a la generación de fenómenos novedosos que requieren de atención como lo es la maternidad subrogada y es este tipo de situaciones, las que abren la puerta a nuevas situaciones conflictivas, situaciones para las cuales, se necesita de una adecuada legislación, orientar la elaboración de leyes apoyadas en el debate racional, siendo por ello que el Estado, asumiendo su responsabilidad, debe desempeñar un papel activo en la regulación de los límites de aplicación de las nuevas técnicas de reproducción asistida, siempre con la finalidad de proteger el orden público, las buenas costumbres y por ende a la sociedad.

La maternidad subrogada es una práctica que actualmente ya se realiza en diversos hospitales y clínicas sin un marco regulatorio, sin una certeza jurídica para las partes y con grandes problemas legales para las mismas. Sin duda, es urgente y necesario atender el tema, regular este ejercicio para evitar malas prácticas, abusos y dar la mayor protección a las personas que intervienen en el proceso y, sobre todo, al recién nacido.

Concluimos que la regulación no solo debe ser deseable, si no que necesaria, para evitar en lo futuro violaciones a derechos humanos, como de la gestante, el recién nacido e inclusive a los padres intencionales.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

BEAUCHAMP, Tom L., & CHILDRESS, James F., *Principios de ética biomédica*, 7ª ed., Oxford University Press, Nueva York, 2013.

BENÍTEZ, L., *Ética y derechos humanos en la maternidad subrogada*, Editorial Jurídica, Nicaragua, 2020.

CHÁVEZ, S., *Derechos sexuales y reproductivos: concepto, contexto y desafíos*, Editorial Académica, España, 2003.

CORREA, Sonia, *La autonomía sexual: derechos sexuales y reproductivos en perspectiva de género*, Editorial Feminista, España, 2000.

- FERNÁNDEZ, A., *Aspectos legales de la maternidad subrogada: un análisis comparativo*, Editorial Jurídica, México, 2018.
- FERNÁNDEZ, M. T., *Salud sexual y reproductiva: derechos humanos y políticas públicas*, Editorial Porrúa, México, 2010.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Teoría general del derecho*, 9ª ed., Editorial Porrúa, México, 2015.
- GIMENO SACRISTÁN, José, *La educación: estructura y proceso*, Morata, Madrid, 1998.
- GÓMEZ, M., *Reproducción asistida y bioética: desafíos contemporáneos*, Editorial Académica, España, 2015.
- ROLDÁN, F., *Regulación jurídica de la maternidad subrogada: un análisis comparado*. Editorial Jurídica Internacional, Santo Domingo, 2018.
- SÁNCHEZ, R., *Maternidad subrogada: aspectos éticos y legales*, Editorial Académica Española, España, 2019.
- SANTOS, B. de S., *La familia: estructura y función social*, Editorial Siglo XXI, México, 2006.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio J., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Editorial Comares, España, 2012.

Hemerografía

- BRAVO, M., & DÍAZ, L., “Prácticas de cuidado temprano y su impacto en el asentamiento del recién nacido”, *Revista Latinoamericana de Neonatología*, 2019, no. 1, vol. 12, p. 45.
- FERNÁNDEZ-GONZÁLEZ, R., & MARTÍNEZ-RODRÍGUEZ, J., “Impacto psicosocial de la infertilidad en parejas mexicanas”, *Revista Mexicana de Psicología*, 2018, no. 2, vol. 35, pp. 120-121.
- GARCÍA, M. E., PÉREZ, L. A., & SÁNCHEZ, R., “Epidemiología y tratamiento de la infertilidad en México”, *Gaceta Médica de México*, 2016, no. 4, vol. 152, pp. 457-462.
- GÓMEZ, M., & RAMÍREZ, L., “Responsabilidades y derechos en los contratos de gestación subrogada”, *Revista Mexicana de Derecho y Bioética*, 2021, no. 2, vol. 7, pp. 45-60.

HERNÁNDEZ, P., & LÓPEZ, S., “Abordaje integral de la infertilidad: experiencia en un centro de reproducción asistida en México”, *Revista de Salud Pública de México*, 2020, no. 1, vol. 62, pp. 89-9.

KORTE, A., LÓPEZ, J., & RAMÍREZ, S., “Adaptación fisiológica del recién nacido en el periodo inmediato postnatal”, *Journal de Pediatría y Neonatología*, 2018, no.3, vol. 9, pp. 101-109.

LÓPEZ, J., & TORRES, F., “La protección jurídica del niño en la gestación subrogada”, *Revista de Estudios Sociales y Jurídicos*, 2020, no. 1, vol. 15, pp. 89-103.

Convenios y tratados internacionales

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979).

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006).

Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950).

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Programa de Acción, Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 13 de septiembre de 1994.

Protocolo Adicional a la CADH en materia de derechos económicos, sociales y culturales, Protocolo de San Salvador, OEA, El salvador, 2016. <https://tinyurl.com/4rc5zyck>

Jurisprudencia mexicana

Tesis: 1a./J. 86/2022 (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 14, junio de 2022, tomo V. Registro digital 2024846.

Tesis: 1a. XXII/2022 (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 14, junio de 2022, tomo V. Registro digital: 2024844.

Tesis: 1a. XIX/2022 (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 14, junio de 2022, tomo V. Registro digital: 2024845.

Tesis: 1a. XX/2022 (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 14, junio de 2022, tomo V. Registro digital: 2024847.

Páginas de internet

Derechos sexuales y reproductivos. <https://tinyurl.com/ywft5uw7>

BAGNARELLO GONZÁLEZ, Fiorella, *Fertilización in vitro: conceptualización*.
<https://tinyurl.com/33skf6vk>

Organización Mundial de la Salud, *Cuidados esenciales del recién nacido*, Ginebra, 2017.