

INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ Y FILIACIÓN EN LA
GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: CASO TABASCO, MÉXICO

*SUPERIOR INTEREST OF THE CHILD AND FILIATION IN
SUBSTITUTE PREGNANCY: THE CASE OF TABASCO, MEXICO*

Rev. Boliv. de Derecho N° 36, julio 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 92-115

Gisela María
PÉREZ y Karla
CANTORAL

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de febrero de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 20 de abril de 2023

RESUMEN: En el caso de Tabasco, desde 1997 se encuentra previsto en el Código Civil la posibilidad de acudir al uso de la gestación por sustitución. En el presente artículo, se analiza el interés superior de la niñez en el caso de la filiación de los niños nacidos bajo el uso de esta técnica de reproducción asistida, toda vez que a pesar del trabajo realizado por los operadores jurídicos en México sobre el tema, aún quedan vacíos legales que hagan efectivos derechos fundamentales como la identidad. Se persigue proponer un mecanismo que garantice la protección del interés superior de la niñez en casos de gestación por sustitución para la determinación de su filiación que hagan posible el disfrute de derechos fundamentales como la identidad, respetando el margen de apreciación que tienen los Estados para legislar sobre el tema.

PALABRAS CLAVE: Gestación por sustitución; interés superior de la niñez; filiación; derecho a la identidad.

ABSTRACT: *In the case of Tabasco, since 1997 the Civil Code has provided for the possibility of resorting to the use of surrogacy. In this article, the best interest of children is analyzed in the case of filiation of children born under the use of this assisted reproduction technique, since despite the work carried out by legal operators in Mexico on the subject, there are still legal gaps that make fundamental rights such as identity effective. The aim is to propose a mechanism that guarantees the protection of the best interests of the child in cases of surrogacy for the determination of their affiliation that make it possible to enjoy fundamental rights such as identity, respecting the margin of appreciation that States have to legislate. about the topic.*

KEY WORDS: *Surrogacy; best interests of the child; filiation; right to identity.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL ESTADO DE TABASCO: ¿PROTECCIÓN A LOS DERECHOS DE LA INFANCIA?- III. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.- 1. Interés superior de la niñez.- 2. Filiación en caso de la gestación por sustitución.- 3. La posesión de estado como camino para reconocer la filiación en caso de gestación por sustitución. Estudio de Caso STS 1153/2022.- IV. EL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE CON ESPECIAL REFERENCIA A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: DERECHO A LA IDENTIDAD.- 1. Voluntad procreacional: elemento para acreditar la filiación derivada del uso de la gestación por sustitución.- 2. Posesión de estado para adquirir la filiación en caso de gestación por sustitución.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Las técnicas de reproducción asistida son reconocidas por la Organización Mundial de la Salud, especialmente la gestación por sustitución que se define cuando una mujer lleva a término el embarazo para posteriormente entregar el niño al o a los comitentes¹.

En México se destacan dos Códigos Civiles en la regulación de lo que se ha denominado en los mismos “maternidad subrogada” tanto en el Código Familiar de Sinaloa como en el Código Civil de Tabasco, la normativa se ha centrado en la realización del acto de la maternidad, sin valorar a fondo las consecuencias sobre el interés superior de la niñez a partir de la filiación no tradicional, entre otras problemáticas.

En el caso del Estado de Tabasco, se produjeron una serie de situaciones de comercio con la vaga normativa que existía a partir del año 1997 en apenas un principal artículo y otros dispersos. Los acontecimientos de turismo reproductivo tuvieron un tope cuando en 2016, el Gobierno vigente en ese entonces determinó

¹ Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida. Versión revisada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology and la Organización Mundial de la Salud.

• Gisela María Pérez Fuentes

Profesora investigadora en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México, en donde es líder del Cuerpo Académico Consolidado “Estudios de Derecho Civil”. Pertenece al Sistema Nacional de Investigadores de CONACYT, Nivel III. Miembro regular de la Academia Mexicana de Ciencias desde 2014 así como del Ilustre Colegio de abogados de Madrid desde 1996 hasta la fecha. Desde 1992 ha desarrollado investigaciones sobre derecho civil, bioética, derecho de familia, responsabilidad civil y daño moral. Desde el 2002 ha desarrollado la teoría de los derechos de la personalidad y dignidad de la persona, así como las consecuencias de la violación a estos derechos a partir del daño moral en una de las líneas de investigación, destacando la protección de la infancia en estos casos, con más de 120 publicaciones en el ámbito nacional e internacional. Correo electrónico giselapef@hotmail.com.

• Karla Cantoral Domínguez

Profesora investigadora en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México, en donde forma parte del Cuerpo Académico Consolidado “Estudios de Derecho Civil”. Desde el 2011 es miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT, actualmente nivel II. Es especialista en protección de datos personales, responsabilidad civil, transparencia y derecho de acceso a la información. En 2017 ingresó como miembro regular a la Academia Mexicana de Ciencias. Correo electrónico karlacantoral@gmail.com.

incorporar en el Código Civil² un Capítulo VI Bis al título octavo de la filiación en el libro Primero, a partir de ocho artículos -380 bis al 380 bis 7- los mismos dieron lugar a varios amparos destacando la acción de inconstitucionalidad 16/2016³.

Es cierto que la reforma del 2016 no garantizaba el interés superior de la niñez ni la protección de la madre contratante. En este trabajo nos centraremos en el primer aspecto, como núcleo central de todos los derechos: el interés superior de la niñez que a nuestro parecer se le resta importancia en el caso de la filiación.

La hipótesis es que a pesar del trabajo realizado por los operadores jurídicos en México sobre el acceso a la gestación por sustitución, aún quedan vacíos legales para garantizar el interés superior de la niñez en la filiación, que hagan efectivos otros derechos fundamentales como la identidad.

El objetivo persigue proponer un mecanismo que garantice la protección del interés superior de la niñez en casos de gestación por sustitución para la determinación de su filiación que hagan posible el disfrute de derechos fundamentales como la identidad, respetando el margen de apreciación que tienen los Estados para legislar sobre el tema.

El trabajo utiliza como metodología la doctrina analítica y el derecho comparado, para comprender el estado de la cuestión sobre el uso de la gestación por sustitución en México y otros países. Así también, se utilizó el método de casos a través de juicios en donde se valora la constitucionalidad del acceso a técnicas de reproducción asistida como la gestación por sustitución, así como diversos procedimientos asociados al reconocimiento de la filiación de los infantes nacidos mediante dicha técnica.

Lo cierto es que el tema resulta de gran relevancia porque la solución que ha impuesto la Corte en sus resoluciones, sin un estudio sociológico previo que refleje la realidad de Tabasco es una problemática que debe hilar con mucho cuidado el legislador y que impactará en la sociedad del Estado.

II. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL ESTADO DE TABASCO: ¿PROTECCIÓN A LOS DERECHOS DE LA INFANCIA?

El Código Civil de Tabasco de 1997 señalaba desde la Exposición de Motivos que dicho texto legal no podía ser ajeno a los avances científicos, incorporando así una especie de contrato, donde aparecían en el art. 92, tres partes: madre

2 Código Civil para el Estado de Tabasco, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 9 de abril de 1997, última reforma publicada el 26 de octubre de 2022.

3 Acción de inconstitucionalidad 16/2016, resolución dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el día 7 de junio de 2021.

legal como la mujer que contrata; madre gestante sustituta, a la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético, así como madre subrogada, la mujer que provee tanto el material genético como el gestante para la reproducción. Por su parte, se hacía referencia al hijo aún no nacido, incluyendo a los concebidos por cualquier método de inseminación artificial⁴.

La legislación civil prevé que la madre legal del infante nacido por esta técnica debe ser considerado legítimo⁵, término que como se conoce es arcaico y discriminatorio en nuestro sistema jurídico, que además está en contra del derecho a la identidad.

El adelanto científico que implica la reproducción, obtuvo un climax social y jurídico en el año 2016. Fue en el 2017, cuando el Gobierno de Tabasco informó que desde el año 1997 se habían emitido 119 actas de nacimiento de hijos nacidos mediante la técnica de gestación por sustitución, en donde la mayoría de los padres contratantes eran de origen extranjero, en ese entonces la "solución legislativa" fue incorporar al Código Civil de Tabasco los artículos 380 bis al 380 bis 7 en donde se limitaba sólo para ciudadanos mexicanos⁶, lo cierto es que, como se declaró en la acción de Inconstitucionalidad 16/2016, legislar sobre las condiciones en cuanto a la forma en que se debe realizar la gestación por sustitución, representa una invasión de competencias a la Ley General de Salud, causando incertidumbre jurídica, pues no se respetan los derechos reproductivos con perspectiva de género.

Analicemos el siguiente planteamiento: "La gestación por sustitución se refiere al proceso a través del cual una mujer intencionalmente se embaraza sin pretender conservar el recién nacido"⁷. Esta expresión tiende al comercio de niños cuando la gestación por sustitución se ha realizado por una mujer gestante a unos familiares que no pueden ser padres.

4 Art. 31 del Código Civil de Tabasco.

5 Art. 347 del Código Civil de Tabasco, segundo párrafo "...cuando en el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata... Esto es, cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido como resultado de una transferencia de embrión, la madre contratante deberá ser considerada la madre legal del niño y éste será considerado hijo legítimo de la mujer que contrató...".

6 CANTORAL DOMÍNGUEZ, K.: "Gestación subrogada. Estado de la cuestión en el estado de Tabasco", en GONZÁLEZ MARTÍN, N. (ed.): *Filiación, gestación por sustitución, responsabilidad parental e interés superior de la niñez*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2021, pp. 27-46.

7 Es una expresión muy simple y que realmente implica muchas opciones, no puede quedar generalizado como un contrato de entrega de "un producto" que es nada menos que un niño. STARK, B.: "Transnational Surrogacy and International Human Rights Law", *Ilsa Journal of International & Comparative Law*, vol. 18, núm. 2, 2012, p. 1.

El argumento alegado se sostiene en distintas modalidades de casos, por ejemplo, en Brasil, en la realización de esta técnica altruista, una niña fue inscrita como hija de dos progenitores cuando fue gestada por la prima de uno de ellos⁸.

En la reforma de 2016 al Código Civil de Tabasco⁹ queda de forma ambigua la protección del principio al interés superior del menor, por ejemplo sobre la nulidad del Contrato de Gestación, en el artículo 380 bis 4, se prevé que el contrato de gestación será nulo si se realiza bajo ciertas circunstancias, como que se establezcan compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del niño y la dignidad humana.

Por tanto nos preguntamos ¿Qué interés superior de la niñez se protege? La reforma no establece la forma específica de su tutela hacia el interés superior de la niñez, por ello los derechos que son indispensables aparecen sólo de forma jurisprudencial y en tesis aislada en México a partir de resoluciones como la acción de inconstitucionalidad 16/2016 muy atinada en algunos aspectos, sin embargo su pronunciamiento resulta ambiguo en lo que implica esta distinta forma de filiación.

A nuestro entender, hace falta un tratamiento de Derecho Civil Constitucional, en cuanto a que no es un asunto de derecho privado, ni se limita a la autonomía de la voluntad, ni puede aplicarse de forma absoluta el principio general del derecho “lo que no está prohibido está permitido” porque se está trabajando con la persona más importante del sistema jurídico: la niñez, que ciertamente no debería ser objeto de contrato.

Obsérvese que, en la reforma de 2016, en el art. 380 Bis 5 sobre los requisitos del Contrato de Gestación, se hace mención a la protección del menor. Sólo se menciona el procedimiento que se debe cumplir en el penúltimo párrafo:

“...Una vez que sea suscrito el instrumento jurídico ante Notario Público, deberá ser aprobado por el Juez competente, a través de procedimiento judicial no contencioso, en el que se reconozca el vínculo entre el contratante y el feto... El instrumento aprobado deberá ser notificado en sus efectos a la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado”¹⁰.

8 CURTI, P. J.: “Autonomía de la voluntad y gestación por sustitución en Argentina”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 38, 2018-II, pp 159-177. En el artículo se señala que la Resolución 2121 del Consejo Federal de Medicina, estableció que la gestante deberá ser pariente hasta el cuarto grado de algunas de las personas interesadas en ser progenitores.

9 Decreto 265 publicado en el Periódico Oficial del Estado de Tabasco el 13 de enero 2016, que adiciona el controvertido Capítulo VI Bis denominado “De la gestación asistida y subrogada”.

10 Art. 380 bis 5 del Código Civil de Tabasco.

Es complicado entender en un acuerdo el reconocimiento de unos contratantes con un feto, tal como se plasma en este artículo, y es curioso que la Suprema Corte no haya pronunciado al menos, algún comentario sobre ello.

Se pueden presentar casos trágicos en el que haya necesidad de recurrir a los orígenes del menor, aún cuando las personas comitentes se encuentren vivas. Por ello coincidimos en que se haya declarado inconstitucional el quinto párrafo del art. 380 bis 3 del Código Civil de Tabasco.

Antes de abordar las conclusiones para el cambio paradigmático que exige la legislación civil, profundizaremos en el estudio de casos dentro del derecho comparado para diferenciar: la filiación de los orígenes del niño en cuanto a su protección, así como las características y requisitos que deben estar presentes en el Código Civil de Tabasco en cuanto a proteger el interés superior del menor en caso de gestación por sustitución.

A continuación se mencionan los últimos casos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que han sentado importantes pautas para definir la filiación en el caso de los niños nacidos por técnicas de reproducción asistida. A nuestro criterio la cláusula de la voluntad procreacional es un punto de partida, aunque no definitivo, para garantizar la filiación y el futuro bienestar del menor.

III. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación coincide en considerar que la mayoría de los países deben orientarse hacia la gestación por sustitución de carácter altruista. No obstante, en países como Rusia¹¹ se admiten acuerdos onerosos y solamente la gestación por sustitución, es decir, no puede existir vinculación genética entre la gestante y el infante, ello facilita un camino hacia la determinación de la filiación del menor.

I. Interés superior de la niñez.

La Convención sobre los Derechos del Niño es el instrumento internacional de mayor relevancia para la protección de la infancia, considerando así el interés superior del menor. En este caso todos los Estados que hayan firmado el convenio protegerán a los menores de 18 años con independencia, de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, impedimentos físicos, o forma de nacimiento¹².

11 ESPARZA PÉREZ, R. V.: "Estados que permiten la gestación por sustitución, medie o no una contraprestación económica", en ALBORNOZ, M. M. (ed.): *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM-CIDE, México, 2020, pp. 123-141.

12 Organización de las Naciones Unidas, *Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 de noviembre de 1989, al respecto véanse los arts. 2 y 9, disponible en: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>.

En varios países se admite la gestación por sustitución, esto significa que la madre gestante no brinda su material genético sino sólo su útero, esta técnica se materializa jurídicamente a través de acuerdos, convenios o contratos, generalmente altruistas, no obstante, existen contratos con fines de lucro que fomentan el turismo médico y una omisión legislativa lo permite.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Dictamen Consultivo de 10 de abril de 2019¹³, afirmó que el interés superior del niño supone identificar jurídicamente a las personas responsables de su educación, satisfacer sus necesidades y garantizar su bienestar, así como la posibilidad de que el niño crezca y se desarrolle en un entorno estable. Por tanto, estimó que la imposibilidad de obtener el reconocimiento de la relación entre un niño nacido por medio de un contrato de gestación subrogada celebrado en el extranjero y la madre comitente es contrario al interés superior de la niñez.

En el Dictamen que se menciona, se afirma que la falta de reconocimiento del vínculo de filiación entre el niño nacido por estas técnicas con la madre de intención es contrario al interés superior de la niñez, al tener consecuencias negativas en su vida privada, tales como el riesgo a no tener nacionalidad de la madre, el derecho a heredar, la ausencia de identificación legal de las personas responsables de satisfacer sus necesidades y garantizar su bienestar.

Otro de los derechos que protege el interés superior de la niñez vinculado con la identidad en la gestación por sustitución es el derecho a la vida privada, así fue reiterado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Dictamen Consultivo, donde se sostiene que el derecho del niño al respeto de la vida privada debe estar en la legislación nacional que trate el tema de la gestación por sustitución; ello para que se proporcione la posibilidad de reconocimiento de una relación legal con los padres intencionales en el entorno en que viven y se desarrollan, es el caso de la adopción del infante por la madre comitente, siempre que el procedimiento sea pronto y expedito.

Existen otros países en los que existe un proceso pre-aprobatorio, con el cual coincidimos y debe demostrarse el parentesco legal del niño con los padres intencionales¹⁴. Si en alguno del grupo de estos países admite la maternidad subrogada ésta debe ser altruista y existen medidas penales para la subrogación con fines de lucro. En países como Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Reino Unido no se admite o es inaplicable la cláusula del contrato de subrogación que

13 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Dictamen en relación con el reconocimiento en el Derecho interno de una relación jurídica paterno-filial entre un niño nacido mediante gestación subrogada en el extranjero y la madre comitente, 10 de abril de 2019, solicitado por el Tribunal de Casación francés, demanda no. P16-2018-001, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22003-6380431-8364345%22%5D%7D>.

14 Estos países son Australia, Israel, y Nueva Zelanda, véase acción de inconstitucionalidad I6/2016, p. 27.

transfiere el parentesco del niño a los padres comitentes, no obstante si se puede exigir el cumplimiento de ciertas obligaciones, tales como el pago de los gastos inherentes a la gestación.

2. Filiación en caso de la gestación por sustitución.

La filiación es un vínculo jurídico entre padres e hijos que genera obligaciones y derechos, como la atribución de la patria potestad, la guarda y custodia, la determinación de los apellidos, la adquisición de la nacionalidad, entre otros. La filiación se reconoce como el vínculo biológico jurídico, tradicionalmente entre padres e hijos, por nacimiento -por naturaleza- o por adopción, pero la gestación por sustitución ha implicado la opción a una tercera posibilidad donde se crea un nuevo tipo de filiación con un cambio de paradigma¹⁵.

En España, en marzo de 2021, la Audiencia Provincial de Barcelona, consideró que podía reconocerse una sentencia emitida por un tribunal colombiano, que declaró que la infante no era hija de la madre gestante, por cuanto la dignidad y la voluntad de ésta habían quedado garantizadas en dicho proceso judicial contradictorio y porque no se puede afectar la dignidad de la niña que ya había nacido. Señala la sentencia que se estaría atentando contra el interés superior de la niña si la gestante no lo garantiza y no se reconoce la validez de la sentencia extranjera a través de la cual se le concede la filiación a los padres intencionales¹⁶.

Por eso, como señala la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁷, los Estados partes velarán porque el infante no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, con excepción de que exista una orden judicial en la que se justifique tal decisión conforme al interés superior de la niñez. Esto permite cuidar la filiación y la implicación que de ello se deriva en cuanto a derechos familiares, sociales y económicos¹⁸.

Esto puede ocurrir en el caso de niños nacidos a través de la gestación por sustitución. En España después de varias negativas de inscripción de niños nacidos en el extranjero de padres españoles, se dictó por la Dirección General de Registros y Notarías, la instrucción de 5 de Octubre de 2010, sobre el régimen

15 VARSÍ ROSPIGLIOSI, E.: "Determinación de la filiación en la procreación asistida", *Revista IUS*, México, 2017, vol. 11, núm. 39, enero-junio 2017.

16 Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18, núm. 104/2021, 17 marzo 2021, así también véase MÚRTULA LAFUENTE, V.: "La determinación de la filiación "contra legem" del nacido en el extranjero por gestación por sustitución: otra forma de tener hijos atendiendo a la voluntad procreacional, la posesión de estado y el interés superior del menor", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16 bis, junio 2022, pp. 3424-3465.

17 Art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

18 La guarda y respeto en ciertos países, así como su democracia, no está sólidamente reconocida a nivel nacional, por ejemplo, practican la gestación por sustitución y por subrogación con fines de lucro: Georgia, India, Rusia, Uganda, Ucrania, Armenia y Moldavia, al respecto véase acción de inconstitucionalidad 16/2016, p. 26.

registral de los nacidos mediante gestación por sustitución¹⁹, que establece como requisito previo para la inscripción en el Registro Civil, la presentación de una resolución dictada por Tribunal competente del país de origen del menor.

En España ha sido algo complicado determinar la filiación por adopción cuando el infante procede de países donde se da una mayor explotación de las gestantes y no se garantiza la prestación de un consentimiento libre y voluntario, ante la falta de un control judicial sobre este tipo de contratos²⁰.

La instrucción de 2010 ha sido actualizada con la expedida el 18 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución²¹, en la que se considera que no se estimarán solicitudes de inscripción en el Registro Civil Consular, salvo que exista una sentencia de las autoridades judiciales del país correspondiente que sea firme y dotada de exequátur u objeto del debido control incidental cuando la resolución tenga su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria. No se admite para el Registro Civil español, en cuanto a reconocer la filiación una certificación registral extranjera o una simple declaración, acompañada de una certificación médica relativa al nacimiento donde no conste la identidad de la mujer gestante.

En cuanto a las personas nacidas mediante gestación por sustitución, la Dirección General de Registros y Notarías se adelantó a una posible solución a través de la Instrucción española en la que fija criterios que determinan las condiciones de acceso al Registro Civil español, por lo que se considera que de forma administrativa se ha producido una legalización de estas situaciones.

Un caso que marcó un hito en este sentido fue la conclusión de las sentencias *Menneson vs Francia*, resuelto después de 10 años por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, donde se verifica el principio del interés superior de la infancia para el establecimiento de la filiación, aunque ella no sea la tradicional. En este caso se referían a matrimonios heterosexuales que habían acudido a California donde la práctica de la gestación por sustitución es legal, coincidiendo el padre legal con el intencional. Sin embargo al regresar a Francia, se les denegó el acceso al Registro Civil de las dos menores por considerar que esto atentaba contra el orden público.

19 Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, publicada en el Boletín Oficial del Estado, núm. 243, de 7 de octubre de 2010.

20 MÚRTULA LAFUENTE, V.: "La determinación de la filiación "contra legem" del nacido en el extranjero por gestación por sustitución...", *cit.*, p. 3449.

21 Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, publicado en el Boletín Oficial del Estado, núm. 45, de 21 de febrero de 2019.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, consideró que se vulneró el derecho a la identidad personal de los menores que forma parte de su vida privada y Francia fue condenada al pago de una indemnización de 5,000 euros por el daño causado. El caso Menneson junto con otras sentencias del Tribunal Europeo, provocó que la Corte de Casación francesa empezara a admitir la transcripción de las partidas de nacimiento extranjeras que designan al padre biológico y a la madre de intención, cuando el procedimiento de adopción no es posible²².

En Argentina, el Código Civil y Comercial de la Nación incorporó en el Título V dedicado a la Filiación, en el Libro Relaciones de Familia, el Capítulo 2. Denominado "Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida", destacándose el art. 562 denominado voluntad procreacional, en los términos siguientes:

"Los nacidos por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos"²³.

Es de señalar, que este artículo del Código Civil, según explica Patricio Curti²⁴, requiere un desarrollo legislativo especial, toda vez que ha sido a partir de la interpretación de los jueces caso por caso, el mecanismo a través del cual se ha incorporado la gestación por sustitución en Argentina, incluso para parejas del mismo sexo. Otros operadores jurídicos se han pronunciado por la inconstitucionalidad del art. 562, toda vez que no reconoce la maternidad de la mujer comitente que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino el de la mujer gestante²⁵.

Este fallo lo encontramos en el Tribunal Colegiado de Familia de Rosario, Argentina, en el año 2016 resolvió admitir la petición de rectificación del acta de nacimiento de un menor que nació a través de gestación por sustitución, en donde declaró procedente la impugnación de la maternidad de la mujer gestante y declaró al niño como hijo del matrimonio conformado por dos hombres, en donde uno de ellos había aportado el gameto masculino y ambos habían manifestado su

22 Sentencias de la Corte de Casación no. 648 de 4 de octubre de 2019 y no. 112 de 18 de diciembre de 2019.

23 Cfr. Código Civil y Comercial de la Nación, Argentina, aprobado por ley 26.994, promulgado según decreto 1795/2014, publicado el 8 de octubre de 2014.

24 CURTI, P. J.: "Autonomía de la voluntad y gestación por sustitución en Argentina", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 38, 2018-II, pp. 159-177.

25 LAFFERRIERE, J. N.: "Análisis de la jurisprudencia sobre maternidad subrogada luego del Código Civil y Comercial", en *Estudios de Derecho Civil*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Instituto de Derecho Civil, Sección de Derecho de Familia y Bioderecho, La Ley, Buenos Aires, 2017, pp. 53-80.

voluntad procreacional²⁶. Los jueces argentinos coinciden en que es preciso legislar de modo que cuando nazca un niño pueda ser inmediatamente inscrito como hijo de quienes quieren ser sus progenitores o progenitor conforme al elemento volitivo, ya que el interés superior del niño comprometido merece ser atendido con la máxima diligencia y premura²⁷.

En protección al derecho a la identidad de la niñez²⁸, los países que requieren tanto el sistema de pre-aprobación o el ex post facto, la posición válida en ambos casos es que la gestante seguirá siendo la madre legal en el nacimiento; para legalizar la filiación del niño nacido por estas técnicas, se hará necesario cualquiera de estos dos tipos de procedimiento: a) procedimiento de filiación o b) adopción²⁹.

En conclusión a este apartado existen países en Europa que no admiten la gestación por sustitución, tales como: Alemania, Francia, Austria, España, Hungría, Italia o Suiza. En España por ejemplo, si es cierto que está prohibida, ello no ha impedido que la o las personas se trasladen a otros países con o sin violaciones de derechos humanos, donde se admite la gestación por sustitución. Según datos publicados, el número de nacimientos por gestación subrogada registrados en España en los Consulados asciende a mil niños entre 2010 y 2016, siendo los destinos favoritos, Estados Unidos, Ucrania, India, y México³⁰.

La situación de traslado a estos países donde se ha comercializado en algunos casos con los menores, cae en el supuesto de la frase incongruente “haz lo que digo pero no lo que yo hago”, por eso se han suscitado problemáticas que afectan el interés superior de la niñez y claramente es contrario al derecho al respeto a la vida privada y familiar; reconocido en diversos tratados internacionales, como es el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades

26 Tribunal Colegiado de Familia número 5 de Rosario, sentencia dictada el 27 de mayo de 2016, así también DE LA TORRE, N.: “La gestación por sustitución “hecha en casa”: el primer reconocimiento jurisprudencial en parejas del mismo sexo”, *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 1, 2017, p. 134.

27 Juzgado Familia núm. 7 de Lomas de Zamora, «H. M. y otro/a s/medidas precautorias –art.232 del CPCC, 30/12/2015.

28 CANTORAL DOMÍNGUEZ, K.: “El derecho a la identidad del menor: el caso de México”, *Juris Tantum, Revista Boliviana de Derecho*, núm. 20, 2015, pp. 56-75. Identidad es sinónimo de personalidad, que se comprueba cuando a un individuo se le reconoce, se le describe y se confirman sus datos que lo hacen conocido y, por ende, comprobable. Ante esto, el Derecho, en sentido general, establece y regula la necesidad de identificación de una persona frente al Estado, que lo individualiza, que lo conoce y protege su derecho subjetivo. Los aspectos que conciernen a la identidad de la persona son: el nombre, la nacionalidad, el género, el lugar de nacimiento, raza, color, idioma, religión y etnia.

29 La excepción a esta elemental regla que protege el derecho a la identidad de la niñez es Rusia y Canadá, pues si la gestante accede los padres intencionales pueden ser registrados de forma directa como padres del niño, cfr. Acción de inconstitucionalidad 16/2016.

30 Publicado por Statista Research Department, disponible en: <https://es.statista.com/estadisticas/912363/nacimiento-por-gestacion-subrogada-inscritos-según-origen-en-españa>. Por otra parte, se reconoce que han existido abusos en países como México donde se restringen los derechos de la gestante.

Fundamentales³¹. En definitiva, el derecho a la vida privada y familiar del infante queda vinculado con su derecho a la identidad, a conocer sus orígenes y la determinación de su filiación.

3. La posesión de estado como camino para reconocer la filiación en caso de gestación por sustitución. Estudio de Caso STS 1153/2022.

Hechos.

En un caso de gestación subrogada, el señor Luis Miguel ejerció la acción de determinación legal de filiación materna de su hija Aurelia por posesión de estado respecto del menor Pedro Enrique, quien nació en el año 2015 en Tabasco, México, a través del procedimiento admitido en la Legislación Civil del Estado, por lo que una vez que se registró a Pedro Enrique como hijo de Aurelia, viajaron a Madrid, España, en donde tienen establecido desde entonces su domicilio familiar.

En este caso, el promovente fue el abuelo del menor, padre de Aurelia, quien contaba con un registro de nacimiento en México como madre de Pedro Enrique, y por tanto tenía las consideraciones de madre legal para la legislación civil mexicana.

En la primera instancia se desestimó la demanda y se resolvió que Aurelia podía iniciar ante la Dirección General de la Familia y el Menor de la Comunidad de Madrid, los trámites de guarda o acogimiento familiar previo a la adopción del menor Pedro Enrique³².

En segunda instancia, se revocó la resolución y se declaró que Aurelia es la madre de Pedro Enrique, por lo que se ordenó inscribir la sentencia en el Registro Civil correspondiente, debiendo respetarse los apellidos que al menor le pusieron al nacer y constan en sus documentos oficiales expedidos en México.

El ministerio fiscal interpuso recurso de casación, con el propósito de que se determinara si esta resolución estaba en contravención directa del art. 10 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, que prevé la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución en España.

Análisis del caso.

El Tribunal Supremo Español determinó procedente el recurso de casación³³, precisamente porque la legislación española considera nulo de pleno derecho el

31 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, emitido en Roma el 4 de noviembre de 1950, publicado en España en el Boletín Oficial del Estado el 10 de octubre de 1979. Art. 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

32 Expediente 174/2018, Juzgado de Primera Instancia núm. 77 de Madrid, sentencia 21/2019, de 19 de febrero.

33 STS 1153/2022, Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, resolución dictada el 31 de marzo de 2022.

contrato de gestación por sustitución y atribuye la titularidad de la relación de filiación materna a la madre gestante.

En la sentencia se analiza el contrato de gestación por sustitución y se concluye que sus cláusulas vulneran gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos, ya que tanto la madre como el niño a gestar son tratados como meros objetos, no como personas.

Se sostuvo además que por la protección del interés superior del menor nacido mediante gestación por sustitución, cuando quien solicita el reconocimiento de la filiación es la madre comitente, la vía a seguir debe ser la adopción.

En el presente caso, la señora Aurelia tenía 46 años de diferencia con relación al menor, sin embargo, el Tribunal Supremo sostuvo que dicha cuestión no era un obstáculo para la adopción, aún cuando la ley refiera que la diferencia máxima entre adoptante y adoptado debe ser de 45 años, toda vez que frente al interés superior de la infancia, la ley de adopción no tiene un carácter absoluto.

En la sentencia se resuelve la protección al interés superior del niño y al mismo tiempo intenta salvaguardar otros derechos fundamentales, como el de la madre gestante y de los niños en general, para que no sean tratados como mercancía a partir de la actuación de las agencias intermediarias, las cuales buscan asegurar a sus potenciales clientes el reconocimiento casi automático en España de la filiación resultante del contrato de gestación.

Como podemos observar, la posesión de estado no es la vía jurídica idónea para intentar el reconocimiento de la filiación en el caso de los niños que nacen a través del uso de la técnica de gestación por sustitución, es una realidad que existen países en los que se permite la práctica de esta técnica de reproducción asistida, por lo que debe tenerse especial consideración al interés superior de la niñez, así como a los derechos de las partes que intervienen en el proceso, como la madre gestante y la persona o personas comitentes. Además, como refiere el profesor De Verda, temas tan sensibles como la gestación por sustitución o la posesión de estado dan pie a realizar una serie de reflexiones acerca de los problemas jurídicos que plantea la filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción humana asistida³⁴.

34 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida: reflexiones críticas a raíz de la jurisprudencia recaída sobre la materia", *Diario La Ley*, núm. 10182, 2022.

IV. EL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE CON ESPECIAL REFERENCIA A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: DERECHO A LA IDENTIDAD.

El interés superior de la niñez exige que se adopten medidas en busca siempre del mayor beneficio, por lo que ello no puede establecerse de manera abstracta aunque sí, entendemos, puede estar precisada en la legislación de la materia. Los temas que deben quedar esclarecidos en la legislación especial sobre gestación por sustitución para garantizar la protección del interés de la niñez son en primer lugar: el derecho a la identidad de la criatura que fue un producto pactado en la cláusula de un contrato, para criterio de las autoras, violatorio de derechos humanos, pero así lo ha aceptado el Poder Judicial de la Federación en México.

La identidad estará vinculada con la forma de inscripción de ese niño o niña y se tendrá que determinar la filiación que rompe con el paradigma tradicional. Al respecto, la Corte ha incorporado en sus resoluciones el concepto de voluntad procreacional³⁵, sin contar con una definición legal, como ocurre por ejemplo en Argentina. Todo lo anterior permitirá en función del desarrollo del interés superior de la niñez, el cumplimiento del derecho a las prestaciones de paternidad y maternidad, según señala, la acción de inconstitucionalidad 16/2016³⁶.

El derecho a la identidad es un derecho humano y fundamental, reconocido desde el año 2014 en el art. 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que otorga a las personas la posibilidad de conocer sus orígenes, además contiene atributos y características que permiten individualizarla ante la sociedad, por ejemplo, a partir del registro de nacimiento, para poder acceder a otros derechos fundamentales.

En cuanto a este derecho, en un estudio realizado se determinó que ha mejorado la protección del derecho a la identidad con relación a la protección del interés superior de la niñez, en cuanto al registro de nacimiento de los menores que pasó de 78.8% a 93.4%. Esto significa que los niños y niñas que nacieron en 1999 el 78.8% fueron registrados de manera oportuna. En el caso de los niños y niñas que nacieron en el año 2009, el porcentaje de cobertura oportuna se amplió a 93.4% a nivel nacional³⁷.

35 Tesis: Ia. LXXIX/2018, Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 55, junio de 2018, tomo II, p. 981.

36 En el ámbito internacional y aplicando el principio de convencionalidad, el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, dispone: 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

37 UNICEF - INEGI, *Derecho a la identidad, la cobertura del registro de nacimiento en México en 1999 y 2009*, México, 2009, pp. 19 – 21, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4691/11.pdf>

De acuerdo a los resultados obtenidos en la encuesta intercensal 2015³⁸, se advierte que México aumentó la cobertura de registros de nacimiento a 95.8%, no obstante aún prevalecen ciertas prácticas que dificultan el registro, tales como el difícil acceso a las oficialías del Registro Civil que se encuentran en comunidades alejadas; los costos económicos de las multas cuando se realiza el registro de forma extemporánea, así como el desinterés de padres y madres por registrar a sus hijas e hijos, lo que les impide el ejercicio de otros derechos, como la educación, la salud y el bienestar.

En este trabajo se analiza la problemática en cuanto a la forma en que se garantiza el derecho a la identidad de aquellos menores que nacen a través del uso de técnicas de reproducción asistida como es la gestación por sustitución, en donde son trasladados a los países de origen de los padres comitentes.

En el Código Civil de Tabasco, aún aparece en el art. 92, tercer párrafo:

“... 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...”.

Por su parte, con la reforma de 2016, se incorporó en el art. 380 bis 3 quinto párrafo del Código Civil de Tabasco: “...En caso de que la gestante sustituta o su cónyuge demanden la paternidad o maternidad, solamente podrán recibir, 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”.

En la acción de de inconstitucionalidad 16/2016, la Corte declaró inconstitucional y por tanto inválido este párrafo bajo las consideraciones de que cuando se accede al uso de la técnica de reproducción asistida, por regla general, ni la mujer gestante ni su cónyuge o concubino, tienen legitimación para denunciar la maternidad o paternidad, incluso la custodia del niño o niña que nace. Además, porque ante el empleo de la gestación por sustitución, el derecho a la filiación se determina en razón del derecho de los menores a la identidad, inscripción y relaciones familiares, en los que se ha de considerar el elemento volitivo denominado voluntad procreacional, es decir, deberá atenderse a la presencia del principio bioético de autonomía expresado en el consentimiento informado.

38 UNICEF – INEGI, *Derecho a la identidad, la cobertura del registro de nacimiento en México, 2018*, México, p. 55, disponible en: https://www.unicef.org/mexico/media/1016/file/UNICEF_Derecho%20a%20la%20identidad.pdf

En el Estado de Tabasco, a partir de la reforma de 2016 al Código Civil, se han identificado al menos diecisiete casos³⁹ de gestación por sustitución que han tenido que llegar vía juicio de amparo ante los tribunales federales para efectos de obtener el reconocimiento y filiación de menores nacidos mediante el uso de esta técnica de reproducción humana asistida, en donde se había negado el registro del menor por negación de su filiación jurídica, así como por discriminación en cuanto a la edad de la madre comitente, discriminación por la orientación sexual de los comitentes, discriminación por imposibilidad física de la comitente, discriminación por la intervención de un despacho en la celebración del acuerdo de gestación por sustitución, entre otros. En estos casos, se otorgó el amparo y la protección de la justicia federal para efectos de permitir el acceso a la técnica de gestación por sustitución a personas mayores de cuarenta y cinco años, sin condicionar su orientación sexual.

I. Voluntad procreacional: elemento para acreditar la filiación derivada del uso de la gestación por sustitución.

Con el uso de las técnicas de reproducción asistida, podemos observar que más allá de la filiación por naturaleza o por adopción, surge la necesidad de reconocer un tercer tipo de filiación, conocida como voluntad procreacional⁴⁰. Es decir, cuando en una misma persona no existe coincidencia entre el elemento genético, biológico y volitivo, se debe dar preferencia a este último, dado que a través de la voluntad procreacional se puede determinar el parentesco⁴¹.

Por otra parte, en la definición de filiación, hay que reconocer la necesidad de incorporar al Código Civil del Estado de Tabasco la voluntad procreacional, señalada por algunas sentencias del Poder Judicial de la Federación en México, en los términos siguientes:

“...Se aclara que es un factor fundamental la voluntad procreacional expresada por la pareja homosexual y el consentimiento expresado por la madre gestante en cuanto a no reclamar derechos y aceptar que sean el padre biológico y su pareja

39 Expediente 467/2016, radicado en el juzgado Primero de Distrito del Décimo Circuito; expediente 53/2017, radicado en el juzgado Segundo de Distrito del Décimo Circuito; expedientes 173/2022, 478/2016, 2235/2022, 2162/2022, 408/2017, 479/2016, 469/2016 y 445/2016, radicados en el juzgado Tercero de Distrito del Décimo Circuito; expedientes 1817/2016 y 1186/2022, radicados en el juzgado Cuarto de Distrito del Décimo Circuito; expediente 475/2016 radicado en el juzgado Quinto de Distrito del Décimo Circuito; expediente 303/2018 radicado en el juzgado Sexto de Distrito del Décimo Circuito; expedientes 305/2019, 1123/2021 y 133/2022, radicados en el juzgado Séptimo de Distrito del Décimo Circuito.

40 LAMM, E.: “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, *Revista de Bioética y Derecho*, Barcelona, núm. 24, 2012, pp. 76-91.

41 ESPARZA PÉREZ, R. V.: “Voluntad procreacional: presupuesto para la filiación derivada de procedimientos de reproducción humana asistida en el contexto mexicano” en *Boletín mexicano de derecho comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, enero-abril 2020, pp. 47-80.

quienes funjan como los padres del niño y en consecuencia asuman todas las obligaciones derivadas de la filiación...¹⁴².

A nuestro entender la voluntad procreacional no se puede cerrar con una simple cláusula en un contrato donde está determinándose el futuro de un niño, su origen, y bienestar, es decir, esto no puede pasar de la formalidad de una promesa de contrato que tendrá que materializarse y que el orden público lo evaluará una vez ocurrido el nacimiento, esto debe aparecer según nuestro criterio en la reforma legislativa que requiere el Código Civil de Tabasco.

¿Por qué? Si bien hay que considerar que una cosa es el origen biológico y otra la identidad en todas sus manifestaciones que permite el libre desarrollo de la personalidad, la nacionalidad, el desarrollo social y cultural del menor y su estabilidad psíquica y física. La voluntad procreacional que aparece en el posible documento o convenio es una intención de hacer, sin embargo es insuficiente para declarar la filiación de los padres contratantes así como para negar al hijo por cuestiones personales el conocimiento de sus orígenes o alguna información relativa a enfermedades que pueden ser hereditarias.

El Pleno de la Corte sostuvo que la voluntad procreacional es uno de los factores determinantes para la construcción del vínculo filial de los infantes que nacen mediante gestación por sustitución, que esta voluntad constituye otra fuente de la relación de filiación entre quien nace bajo una técnica de reproducción y quien contrata. Sin embargo, debemos considerar que si bien la voluntad procreacional es un elemento para la constitución del vínculo filial, ésta no constituye prueba plena o definitiva para determinar la filiación o sustituir las relaciones familiares, especialmente cuando las cláusulas de los contratos de gestación por sustitución van en perjuicio del interés superior de la niñez.

Por ejemplo, no podría invocarse la voluntad procreacional cuando en las cláusulas del contrato se violan derechos humanos y fundamentales, como que la madre gestante se obliga desde el principio a entregar al bebé que va a gestar y renuncia antes del parto, incluso antes de la concepción a cualquier derecho derivado de su maternidad. Así también, cuando la madre gestante renuncia a su derecho a la intimidad y confidencialidad médica, lo que constituye una vulneración al derecho a la identidad del infante al negarle la posibilidad de conocer sus orígenes.

Debido al carácter sui generis de los contratos de gestación por sustitución que se suscriben en el estado de Tabasco, los jueces federales han optado por incluir en sus resoluciones las pautas mínimas de actuación que deben seguir las

42 Amparo en Revisión 553/2018, resolución dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el día 21 de noviembre de 2018.

autoridades encargadas de supervisar la validez de un contrato de esta naturaleza, tales como: a) verificar que el contrato explicita los riesgos que podrían o deberían asumir los padres 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 gestante⁴³.

Hemos observado que ha sido a partir de sentencias judiciales como se han establecido las pautas mínimas que deben regir en los acuerdos de gestación por sustitución en el Estado de Tabasco, en donde se requiere legislar acerca de la voluntad procreacional como uno de los elementos que permita determinar la filiación para aquellos infantes que nacen a través del uso de técnicas de reproducción asistida, que debe estar vinculado al consentimiento informado que deben proporcionar todas las personas que intervengan en el procedimiento médico.

2. Posesión de estado para adquirir la filiación en caso de gestación por sustitución.

En todos los códigos civiles se prevé cierto grado de reconocimiento de la actividad o función de ser padre, o lo que se conoce como paternidad de facto en otras jurisdicciones. Utilizada para demandar el reconocimiento de paternidad, la figura de posesión de estado de hijo, funcionó como base para probar el vínculo filial en casos de ausencia de actas de nacimiento, para demostrar la relación suyacente⁴⁴.

En el Código Civil de Tabasco, se define la posesión de estado como una fuente de filiación, los requisitos que se han utilizado para probar la posesión de estado han sido: a) que el hijo haya sido tratado por el presunto padre tanto en

43 Amparo 2162/2022 resuelto por el Juzgado Tercero de Distrito con fecha veintitrés de enero de dos mil veintitrés.

44 TREVIÑO FERNÁNDEZ, S. y SOSA PASTRANA, F.: "Filiación y parentalidad", en TREVIÑO FERNÁNDEZ, S. e IBARRA OLGUÍN, A. M. (eds.): *Curso de Derecho y Familia*, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Centro de Estudios Constitucionales, Tirant lo Blanch, México, 2022, pp. 187-188.

el seno familiar como social como tal, b) que el hijo haya usado el apellido del presunto padre, c) que el presunto padre o la familia en general haya proveído de su subsistencia, educación o establecimiento.

En el Código Civil se establece que, probada la posesión con los requerimientos anteriores, queda demostrada la filiación⁴⁵. Pero lo más interesante es, en cierta analogía con la gestación por sustitución, a lo que se refiere el art. 240, en cuanto no se admitirá demanda de nulidad por falta de formalidades, esto es, una nulidad relativa, en el acta de matrimonio, cuando se pruebe la posesión de estado matrimonial.

En cuanto a la investigación de paternidad, el art. 371 señala que: La investigación de la paternidad está permitida: ...II.- Cuando el hijo tiene o tuvo la posesión de estado de hijo del presunto padre. Sin embargo, ante el uso de las nuevas tecnologías como las pruebas de ADN para el reconocimiento de paternidad, la posesión de estado es insuficiente para determinar la filiación ante el uso de técnicas de reproducción asistida.

El estudio de casos en el derecho comparado nos lleva a concluir que la posesión de estado no es la solución para resolver el problema en cuanto a la determinación de la filiación con relación a los menores nacidos mediante gestación por sustitución, sino que se requiere establecer un procedimiento filiatorio en donde se valore la voluntad procreacional, la idoneidad para la adopción, siempre y cuando se privilegien el interés superior de la niñez, la protección de los derechos humanos de la mujer gestante y de la persona o pareja comitente, así como el orden público internacional.

V. CONCLUSIONES.

Los contratos altruistas son los que predominan en los países que aprueban las técnicas de reproducción asistida como la gestación por sustitución o maternidad subrogada, precisamente, consideramos que ha sido así para evitar el turismo reproductivo.

En la acción de inconstitucionalidad 16/2016 hizo falta un estudio sociológico o de algún carácter educativo o científico que avale la gestación por sustitución que permita explicar una política pública. La sentencia se centra en la libertad de los derechos reproductivos, igualdad y no discriminación por género y orientación sexual, pero desarrolla de forma ambigua el interés superior del menor que llegó y a partir de ese momento y desde su concepción debe protegerse.

45 Arts. 372 y 373 del Código Civil de Tabasco.

El tema de la filiación, la voluntad procreacional, la similitud y diferencia con las consecuencias de la adopción son temas que se siguen abordando de forma aleatoria en distintas sentencias mexicanas y que tiene un importante peso en esta nueva forma de nacimiento no tradicional.

En la acción de inconstitucionalidad 16/2016, se privilegian algunos derechos fundamentales tales como derechos reproductivos, igualdad de género y no discriminación por motivo de la orientación sexual, sin embargo, el derecho a la identidad de la niñez nacida bajo estas técnicas no aparece garantizado, es importante acudir por analogía y porque la propia normativa del Código Civil de Tabasco lo permite a la protección de la infancia en caso de adopción.

En la legislación donde se reforme el Código Civil de Tabasco, se hace necesario incorporar en cualquiera de las modalidades de técnicas de reproducción asistida que se aplique que: la gestante será la madre legal en el nacimiento y la filiación se transferirá después del nacimiento del recién nacido o criatura antes de los 13 años, a través de un procedimiento de filiación previsto en el Registro Civil o a través del procedimiento judicial de la adopción.

Es cierto que la prohibición de la gestación por sustitución no la hace desaparecer, sin embargo, no se pueden realizar pronunciamientos tan trascendentes en la vida de una persona sin una verdadera política pública que tutele derechos fundamentales en sociedades democráticas como la de México.

BIBLIOGRAFÍA

CANTORAL DOMÍNGUEZ, K.:

- “El derecho a la identidad del menor: el caso de México”, *Iuris Tantum, Revista Boliviana de Derecho*, núm. 20, 2015.
- “Gestación subrogada. Estado de la cuestión en el estado de Tabasco”, en GONZÁLEZ MARTÍN, N. (ed.): *Filiación, gestación por sustitución, responsabilidad parental e interés superior de la niñez*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2021.

CURTI, P. J.: “Autonomía de la voluntad y gestación por sustitución en Argentina”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 38, 2018-II.

DE LA TORRE, N.: “La gestación por sustitución “hecha en casa”: el primer reconocimiento jurisprudencial en parejas del mismo sexo”, *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 1, 2017.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida: reflexiones críticas a raíz de la jurisprudencia recaída sobre la materia”, *Diario La Ley*, número 10182, 2022.

ESPARZA PÉREZ, R. V.:

- “Estados que permiten la gestación por sustitución, medie o no una contraprestación económica”, en ALBORNOZ, M. M. (ed.): *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM-CIDE, México, 2020.
- “Voluntad procreacional: presupuesto para la filiación derivada de procedimientos de reproducción humana asistida en el contexto mexicano” en *Boletín mexicano de derecho comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, enero-abril 2020.

Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida. Versión revisada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology y la Organización Mundial de la Salud.

Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, publicado en el Boletín Oficial del Estado, núm. 45, de 21 de febrero de 2019.

Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, publicada en el Boletín Oficial del Estado, núm. 243, de 7 de octubre de 2010.

LAFFERRIERE, J. N.: "Análisis de la jurisprudencia sobre maternidad subrogada luego del Código Civil y Comercial" en *Estudios de Derecho Civil*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Instituto de Derecho Civil, Sección de Derecho de Familia y Bioderecho, La Ley, Buenos Aires, 2017.

LAMM, E.: "La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida", *Revista de Bioética y Derecho*, Barcelona, núm. 24, 2012.

MÚRTULA LAFUENTE, V.: "La determinación de la filiación "contra legem" del nacido en el extranjero por gestación por sustitución: otra forma de tener hijos atendiendo a la voluntad procreacional, la posesión de estado y el interés superior del menor", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16 bis, junio 2022.

STARK, B.: "Transnational Surrogacy and International Human Rights Law", *Ilsa Journal of International & Comparative Law*, vol. 18, núm. 2, 2012.

Statista Research Department, disponible en: <https://es.statista.com/estadisticas/912363/nacimiento-por-gestacion-subrogada-inscritos-según-origen-en-españa>. Por otra parte, se reconoce que han existido abusos en países como México donde se restringen los derechos de la gestante.

TREVIÑO FERNÁNDEZ, S. y SOSA PASTRANA, F.: "Filiación y parentalidad" en TREVIÑO FERNÁNDEZ, S. e IBARRA OLGUÍN, A. M. (eds.): *Curso de Derecho y Familia*, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Centro de Estudios Constitucionales, Tirant lo Blanch, México, 2022.

UNICEF-INEGI:

- *Derecho a la identidad, la cobertura del registro de nacimiento en México en 1999 y 2009*, México, 2009, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4691/11.pdf>.
- *Derecho a la identidad, la cobertura del registro de nacimiento en México*, 2018, México, disponible en: https://www.unicef.org/mexico/media/1016/file/UNICEF_Derecho%20a%20la%20identidad.pdf.

VARSI ROSPIGLIOSI, E.: "Determinación de la filiación en la procreación asistida" *Revista IUS*, México, vol. 11, núm. 39, enero-junio 2017.

