

La doble maternidad y la doble paternidad

Aníbal Guzmán Ávalos

RESUMEN

La Suprema Corte de la Nación declaró la constitucionalidad de la reforma al artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, la cual permitió el matrimonio entre parejas del mismo sexo, así como su derecho a adoptar, derivado del derecho al libre desarrollo de la personalidad de cada individuo. No obstante, el Alto Tribunal no contempló la posibilidad de que este modelo de familia decida ejercer su derecho a la procreación a través de los métodos de procreación medicamente asistida, con lo cual se genera una filiación de doble maternidad o paternidad. El panorama es diverso si la pareja está integrada por dos mujeres o dos hombres, debido a que tienen diferente capacidad de gestación. Sin embargo, el problema central es la filiación de la hija o hijo, toda vez que la legislación en el país no atribuye la maternidad o paternidad, en un matrimonio, a dos mujeres o a dos hombres.

PALABRAS CLAVE

Filiación, maternidad, paternidad.

SUMARIO

1. Introducción
2. El matrimonio entre personas del mismo sexo
3. La adopción
4. Libertad de procreación
5. La determinación de la doble maternidad y doble paternidad

1. INTRODUCCIÓN

La decisión de un individuo de unirse a otro y proyectar una vida en común, como la relativa a tener hijos o no, deriva de la autodeterminación: del derecho al libre desarrollo de la personalidad de cada individuo, sustentado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. No obstante, los ordenamientos jurídicos en el país no están preparados para atribuir la filiación de las hijas o hijos que una pareja del mismo sexo decida tener por medio de los avances científicos. Este hecho pone de manifiesto la necesidad de regular la comaternidad y la copaternidad, o doble maternidad y doble paternidad, que dé seguridad jurídica a las niñas y niños que puedan nacer en este modelo de familia.

La reforma del artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, hoy Ciudad de México, permitió el matrimonio entre personas del mismo sexo y su consecuente derecho a la adopción. A raíz de ello, el procurador general de Justicia interpuso un juicio de inconstitucionalidad. Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con base en los derechos fundamentales, estimó la reforma totalmente apegada a la Constitución.

Inicialmente sólo se reformó el matrimonio para la Ciudad de México.¹ En las demás entidades federativas, los interesados lo intentaron por la vía judicial. Promovieron juicios de amparos contra sus ordenamientos locales que no permitían este matrimonio. Nuestro máximo tribunal los atrajo para resolver en el mismo sentido. Esto denota la posición del Pleno de la Corte en congruencia con

¹ Al día de hoy se encuentra regulado.

los derechos fundamentales establecidos en la Carta Magna. Coahuila, Colima y Quintana Roo aceptaron el matrimonio entre parejas del mismo sexo; en todos los demás estados sigue usándose el juicio de amparo.

En torno a la reproducción médicaamente asistida, a nivel federal se regula, aunque de manera tímida, en una normatividad administrativa: la Ley General de Salud. Sin embargo, tipifica como delito la inseminación artificial sin consentimiento de la mujer o del marido. Le da un marco de licitud, pero no resuelve los efectos jurídicos que origina y sólo se refiere a la inseminación. De acuerdo a las atribuciones que la Constitución otorga a las entidades federativas, les corresponde la regulación en sus legislaciones civil o familiar para otorgar los efectos filiatorios. No obstante, hasta la fecha no todos los estados han hecho las reformas necesarias. Tal es el caso específico de Veracruz.²

En tal virtud, este trabajo estudia las resoluciones judiciales federales de la legislación existente y de alguna doctrina extranjera, ya que en México no se ha escrito todavía al respecto. Se plantea la necesidad de adecuar la normatividad y satisfacer el derecho de las parejas del mismo sexo a la maternidad o paternidad.

2. EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

Con motivo del juicio de inconstitucionalidad 2/2010 que promovió el procurador general de Justicia, el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró válida la reforma al artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal y con ello el matrimonio de parejas del mismo sexo. Entre otros argumentos, señaló que la dignidad humana es un derecho fundamental superior reconocido por el sistema jurídico mexicano, de donde deriva entre otros:

El libre desarrollo de la personalidad, es decir, el derecho de todo individuo a elegir, en forma libre y autónoma, cómo vivir su vida, lo que comprende,

² De todos los estados, sólo Coahuila, Distrito Federal, Estado de México, Jalisco, Michoacán, Morelos, Puebla, Querétaro, San Luis Potosí, Sonora, Tabasco y Zacatecas regulan, aunque de formas distintas, la reproducción asistida.

entre otras expresiones, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; la de procrear hijos y decidir cuántos, o bien, decidir no tenerlos; la de escoger su apariencia personal; así como su libre opción sexual.³

Asimismo, reconoció que la naturaleza humana es sumamente compleja. Uno de los aspectos que la caracterizan es la preferencia sexual de cada individuo, la cual orienta también su proyección de vida: “la que desee o no tener en común con otra persona, ya sea de diferente o de su mismo sexo”. Esa orientación sexual es parte de su identidad personal: es un elemento relevante en su proyecto de vida. Por ello, no debe limitarlo en la búsqueda de su felicidad.

También confirmó que entre los derechos fundamentales se encuentra el derecho a la identidad personal y sexual.

Entendiéndose por el primero, el derecho de todo individuo a ser uno mismo, en la propia conciencia y en la opinión de los demás, de acuerdo con sus caracteres físicos e internos y sus acciones, que lo individualizan ante la sociedad y permiten identificarlo, lo que implica, además, la identidad sexual, que lo proyecta frente a sí y socialmente desde su perspectiva sexual, así como su preferencia u orientación sexual y que, por tanto, se inscribe dentro de la autodeterminación de las personas e incide en el libre desarrollo de las mismas, al ser un elemento que innegablemente determinará sus relaciones afectivas y/o sexuales con personas de diferente o de su mismo sexo y, de ahí, su elección de con quién formar una vida común y tener hijos, si es que desea hacerlo.

En ese sentido, la decisión de un individuo de unirse a otro y proyectar una vida en común, como la relativa a tener hijos o no, deriva de la autodeterminación de cada persona, del derecho al libre desarrollo de la personalidad de cada individuo.

En tal virtud, la Suprema Corte estima que la orientación sexual de los

³ *Semanario Judicial de la Federación*, 9^a época, tomo 32, 2010, p. 991.

contrayentes no es, ni constitucional ni legalmente, un elemento definitorio de la institución matrimonial. Más bien, la considera el resultado de la concepción social que en un momento histórico dado existía acerca de la sexualidad, y no el núcleo esencial del matrimonio. Por ello, afirma que la institución del matrimonio no puede estar encasillada a un concepto inmutable o petrificado.

toda vez que la transformación de las relaciones humanas, han llevado paulatinamente a diversas formas de relación afectiva, sexual y de solidaridad mutua que han llevado a redefinir ese concepto tradicional y a su desvinculación de una función procreativa, como fin del mismo.

El legislador decidió igualar las uniones de personas del mismo sexo a las heterosexuales respecto a que pudieran unirse legalmente para formar una vida en común y adquirir obligaciones entre sí y derechos derivados de tal vínculo con el reconocimiento social-legal de esa unión. Por tanto, la Suprema Corte concluye que la reforma legal impugnada satisface una razonabilidad objetiva, y por ningún modo contraviene el artículo 4 constitucional. Subraya que vivimos en un Estado democrático de derecho; por ende, se protege a la familia en todas sus formas y manifestaciones como realidad social.

Por otro lado, el Pleno de la Corte también afirmó que el concepto *familia* es dinámico y social que no responde a un modelo o estructura específica. Por tanto, el matrimonio entre personas del mismo sexo tiene protección constitucional. Sería insostenible que pudieran acceder a la institución del matrimonio pero no a conformar una familia, sobre todo cuando ello incide definitivamente en la protección de los derechos de la niñez, como crecer dentro de una familia y no ser discriminado o visto en condiciones de desventaja según el tipo de familia de que se trate.⁴

Con mayor contundencia, ha sostenido recientemente que es discriminatorio vincular los requisitos del matrimonio con las preferencias

⁴ *Semanario Judicial de la Federación*, R. 161309 T/A, 9^a Época, tomo 34, 2011, p. 871.

sexuales, y que no es una medida idónea para cumplir con la finalidad constitucional de proteger a la familia como realidad social. Por ende, es inconstitucional cualquier legislación interna que declare que el matrimonio es sólo entre hombre y mujer.

Matrimonio. La ley de cualquier entidad federativa que, por un lado, considere que la finalidad de aquél es la procreación y/o que lo defina como el que se celebra entre un hombre y una mujer, es inconstitucional. La distinción es discriminatoria porque las preferencias sexuales no constituyen un aspecto relevante para hacer la distinción en relación con el fin constitucionalmente imperioso. Como la finalidad del matrimonio no es la procreación, no tiene razón justificada que la unión matrimonial sea heterosexual, ni que se enuncie como “entre un solo hombre y una sola mujer”. Dicha enunciación resulta discriminatoria en su mera expresión. Al respecto cabe recordar que está prohibida cualquier norma discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, tanto por parte de autoridades estatales como de particulares, pueden disminuir o restringir los derechos de una persona a partir de su orientación sexual. Así pues, bajo ninguna circunstancia se puede negar o restringir a nadie un derecho con base en su orientación sexual. Por tanto, no es factible hacer compatible o conforme un enunciado que es claramente excluyente.⁵

3. LA ADOPCIÓN

En la resolución del juicio de inconstitucionalidad 2/2010, el Pleno de la Suprema Corte estudió también el acceso de los cónyuges y concubinos⁶ del mismo sexo a la figura jurídica de la adopción. Bajo el criterio de que dichas parejas pueden

⁵ *Semanario Judicial de la Federación*, T/J 43/2015, 1^a Sala Constitucional Civil, 10^a época, tomo I, 2015, p. 536.

⁶ Es el término legal que se utiliza en México para las parejas de hecho.

acceder al matrimonio, sería insostenible que no tuvieran derecho a conformar una familia. Esto dado que la protección constitucional no se limita a un modelo o estructura familiar.

La Corte insiste en señalar que la dinámica social demuestra que existe una gran diversidad de formas para integrar una familia —nuclear, monoparental, extensa e, incluso, homoparental—. Éstas no siempre derivan del matrimonio. Es innegable que todas tienen la misma protección constitucional. No se le puede restar valor a una estructura familiar sólo porque no corresponde con concepciones tradicionales.

Ahora bien, para el caso de adopción, debe tomarse en cuenta la protección constitucional del interés superior del menor, siempre en posición prevalente frente al derecho del adoptante o adoptantes.

Sin embargo, ello no puede traducirse en que la orientación sexual de una persona o de una pareja —que es simplemente una de las opciones que se presentan en la naturaleza humana y, como tal, forma parte de la autodeterminación y libre desarrollo de la personalidad— le reste valor como ser humano o pareja y, por tanto, lo degrade a considerarlo, por ese hecho, como nocivo para el desarrollo de un menor y, por ende, que el legislador deba prohibir la adopción por parte de un matrimonio conformado por personas del mismo sexo, por estimar que el solo hecho de que se trate de parejas del mismo sexo afecta el interés superior del menor.⁷

La Corte expresa que no puede declarar que la adopción por parejas del mismo sexo, *per se*, afecta el interés superior del menor. Cualquier argumento en esa dirección conduciría a utilizar un razonamiento vedado por el artículo 1 de la Constitución Federal. Dicho artículo prohíbe la discriminación de las personas por razón de sus preferencias o por cualquier otra razón que atente contra la dignidad humana.

⁷ *Semanario Judicial de la Federación*, 9^a época, Pleno constitucional, tomo 32, 2010, p. 991.

Concluye que el interés superior del menor exige que el Estado asegure que los niños se convertirán en adultos en contextos familiares que, *prima facie*, les garanticen cuidado, sustento y educación. Pensar que las familias integradas por personas del mismo sexo no satisfacen este esquema implica caer en un razonamiento constitucionalmente contrario a los intereses de los menores.

El Estado salvaguarda ese interés por medio un sistema legal de adopción que garantice al adoptado su desarrollo en un ambiente que represente su mejor opción de vida. Asimismo, asegura que el juzgador, en el caso concreto de cada adopción, valorará cuidadosamente la actualización de los supuestos normativos, y se apegará a todos los elementos necesarios para garantizar el interés superior de la niñez.

La heterosexualidad no garantiza que un menor adoptado viva en condiciones óptimas para su desarrollo: esto no tiene que ver con la heterosexualidad-homosexualidad. Todas las formas de familia tienen ventajas y desventajas. Cada familia tiene que analizarse en lo particular, no desde el punto de vista estadístico. La Corte afirma:

No pasa desapercibido que el estándar de los procedimientos de adopción en México está muy por debajo de los niveles internacionales. En este sentido, los esfuerzos para lograr la protección del interés superior del niño tendrían que estar más bien encaminados a tener sistemas de adopción más eficaces que garanticen que miles de niños que hoy se quedan en albergues o en orfanatos puedan tener una familia, y miles de parejas que quieren tener hijos puedan tenerlos de manera segura para los niños y niñas.

[...]

El derecho debe ser parte del avance social. Si esta Suprema Corte estableciera que la reforma impugnada es inconstitucional, porque la sociedad va a discriminar a los niños que sean adoptados por parejas homosexuales, se discriminaría a estos niños desde esta sede

constitucional, lo cual sería sumamente grave.

La Suprema Corte de Justicia resolvió la acción de inconstitucionalidad 8/2014 el 10 de agosto del 2015. Sostuvo que negar la adopción a las parejas que forman parte de una sociedad civil de conveniencia es violatorio de los principios de igualdad y no discriminación.⁸

4. LIBERTAD DE PROCREACIÓN

Instrumentos internacionales en la materia⁹ han declarado que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado; que todos los seres humanos tienen derecho a fundar una familia sin restricción alguna, a partir de la edad nubil y que nadie puede tener injerencias arbitrarias en ella. Es cierto que no existe una declaración específica sobre el derecho a procrear. Sin embargo, implícitamente puede considerarse comprendido, toda vez que es aspiración del ser humano fundar una familia y ello conlleva también el derecho de generar descendencia.

En México, el artículo 4 constitucional garantiza la libertad de planificar la familia. Contempla dos vertientes: por un lado, la libertad para procrear; por otro, la libertad para evitar la reproducción. La norma patenta el divorcio entre sexualidad y procreación, y consagra la decisión de reproducirse o no. Para los efectos de este trabajo, nos referiremos al derecho a ser madre o padre, sea por vía de la adopción o por otros medios. Si las personas no pueden concebir hijos en forma natural, entonces lo pueden lograr con la intervención de los avances científicos. La Constitución no hace referencia a una paternidad exclusivamente biológica.

El artículo 4 textualmente señala: “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus

⁸ *Semanario Judicial de la Federación*, P/J 8, 10^a época, Pleno Constitucional, tomo 1, 2016, p. 5.

⁹ Como ejemplo de estos instrumentos se encuentra: Declaración Universal, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de San José de Costa Rica.

hijos".¹⁰ El derecho reproductivo que consagra la Carta Magna en México incluye el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción. Es derecho de cualquier ciudadano realizar todas las acciones pertinentes para la fecundación sin sufrir violencia, discriminación o prohibición. Sin embargo, los derechos de los sujetos interesados no se encuentran adecuadamente tutelados y no son suficientemente protegidos, porque no ha habido una intervención legislativa en ese sentido. Como se ha señalado, sólo existe a nivel federal la Ley General de Salud, que le da un marco de licitud a la reproducción asistida y menos de la mitad de las entidades federativas la tienen regulada en sus respectivos ordenamientos civiles o familiares.¹¹

El sentir generalizado era que los matrimonios tenían derecho a la procreación. Se pensaba en una unión heterosexual. Ahora, la realidad social reclama que personas del mismo sexo ejerzan su derecho a tener hijos. Sin embargo, no pueden procrear en forma natural, sino necesariamente a través de las técnicas de reproducción asistida. Este derecho también asiste a las parejas estables del mismo sexo.

La Corte, al resolver la acción de inconstitucionalidad, sostuvo que la decisión de procrear no depende de la figura del matrimonio. Cada persona determina cómo desea hacerlo: sea bajo la figura del matrimonio, heterosexual o no, o de otro tipo de uniones, como personas solteras, cualquiera que sea su preferencia sexual.

En términos del artículo 4 constitucional, las parejas del mismo sexo

¹⁰ Este párrafo se insertó con motivo de las deliberaciones de la Conferencia Mundial de Población de 1974, en la cual se aprobó una nueva política demográfica. Ésta incluye el derecho a la libre procreación como garantía personal. BARAJAS MONTES DE OCA, SANTIAGO Y MADRAZO, JORGE, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, UNAM, 1994, p. 20.

¹¹ En este sentido, María Jesús Moro Almaraz manifiesta que los recientes avances culturales, científicos y tecnológicos, y las transformaciones socioeconómicas “pueden suscitar nuevas pretensiones jurídicas de carácter fundamental”. Éstas enriquecen los derechos y libertades básicas sin que se encuentre limitado. Por lo tanto, es posible que se imponga el derecho de los padres a la procreación asistida. Dichas facultades se derivan de otros derechos y del respeto a la libertad individual, futuros derechos que son realidades que colisionan con otros indiscutibles y tutelados. MORO ALMARAZ, MARÍA JESÚS, *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*, Barcelona, Bosch, 1988, p. 85.

pueden optar por el uso de técnicas de procreación médicaamente asistida, pues es la única forma de hacerlo efectivo. No obstante, la Corte, al resolver las cuestiones del matrimonio y su derecho a adoptar, no previó que pueden ejercer su derecho a la procreación mediante las técnicas de reproducción asistida. Por ende, tampoco previó la atribución de la filiación que se pudiera originar en esas hipótesis. En su caso, podrían resolver el caso a través de la adopción de la hija o del hijo de la cónyuge o del cónyuge, pero no es la opción deseada, ni responde a la voluntad procreacional. Por ejemplo, si se trata de una pareja de mujeres, donde una haya aportado los gametos y la otra haya llevado adelante la gestación, sólo esta última sería madre, y no se consideraría la aportación genética de aquella.

El panorama es diferente según se trate de parejas de mujeres o de hombres. Si se habla de un matrimonio entre mujeres, la utilización de un método de procreación asistida es más claro que en una pareja de hombres. La mujer tiene la capacidad gestacional y pueden recurrir a una inseminación artificial con donación de esperma, de embrión o fecundación *in vitro*. Otra opción es la microinyección espermática: la inyección directa de un solo espermatozoide en el interior del óvulo.¹² Si las dos cónyuges desean contribuir en este proceso reproductivo, una puede otorgar el óvulo y otra gestarlo. Por último, puede emplearse una mujer sustituta con o sin utilización de los óvulos de alguna de las cónyuges.

Hasta hoy, la ciencia permite atender las demandas de las mujeres, pero no las de los hombres. El hombre precisa además la colaboración de una mujer que lleve a término la gestación. Esta diferencia es actualmente esencial y configura el derecho de los hombres a reproducirse de manera distinta a su paralelo femenino. El derecho a la reproducción de los hombres, sea en solitario o en pareja con otro hombre, es hoy más una expectativa que una realidad y depende de los logros científicos en este campo.¹³

¹² LÓPEZ GÁLVEZ & MORENO GARCÍA, JUAN MANUEL, “¿Industria de la fertilidad o respuesta a la búsqueda del hijo biológico?”, *Treinta años de reproducción asistida en España*, España, Ministerio de Justicia, 2015, p. 244

¹³ GÓMEZ SÁNCHEZ, YOLANDA, *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, Marcial Pons, 1994, p 69.

Los hombres, en solitario o en pareja, también tienen derecho a procrear para prolongar su carga genética. ¿Cómo? es todavía la pregunta. Mediante la gestación por encargo, un hombre o una pareja de hombres podrían contratar los servicios de una mujer que gestara un hijo con el semen de uno y entregase el niño poco después de dar a luz. Negar ese derecho a la paternidad sería una discriminación “*odiosa sunt restrinenda*.¹⁴ No obstante, en el sistema jurídico mexicano sólo los estados de Tabasco y Sinaloa tienen respuesta para esta figura.

5. LA DETERMINACIÓN DE LA DOBLE MATERNIDAD Y DOBLE PATERNIDAD

Las parejas del mismo sexo pueden contraer matrimonio o constituir un concubinato y ofrecer una familia a niñas o niños que carecen de ella a través de la adopción, permitiendo la filiación adoptiva, conforme con los criterios jurisprudenciales sustentados por la Suprema Corte. De la misma manera, pueden lograrlo con el auxilio de la ciencia; esto implica modificar el criterio jurídico clásico de la filiación para dar prioridad al elemento voluntad.

Sin embargo, la resolución del Alto Tribunal ante el juicio de inconstitucionalidad no consideró la determinación de la filiación de hijos nacidos mediante procreación asistida en parejas del mismo sexo, como sí lo hizo para el caso de la adopción. Habría que aplicar el actual sistema jurídico de la filiación considerando las reglas para los matrimonios y, en su caso, para parejas unidas en concubinato. Pero tal medida no responde a la nueva realidad. Hay que reconocer una laguna en la ley.

Tal laguna genera una desigualdad en el tratamiento de la maternidad y paternidad cuando se habla de matrimonios o concubinatos del mismo sexo. No hay reglas jurídicas para atribuirles la filiación, como sucede en los matrimonios heterosexuales.¹⁵ Cabe entonces replantear el sistema de filiación y crear un tipo

¹⁴ YAGÜE, LLEDÓ, “Los destinatarios de las técnicas de reproducción humana asistida. La fecundación *post mortem*. La titularidad del gameto fecundante. El donante de gameto”, en *La filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994, p. 331.

¹⁵ Entre aquellos y éstos hay una diferencia física y biológica respecto a la posibilidad de procrear

fundado exclusivamente en la voluntad.

Ahora bien, de acuerdo con los códigos civiles o familiares, si una pareja de mujeres, en el ejercicio de su derecho a la procreación, decide utilizar una técnica de reproducción humana asistida, y una de ellas lleva cabo el proceso gestacional y da a luz, ella y sólo ella, será la madre. Todo ello en exacto cumplimiento al principio paulino *mater semper certa est*, consignado en nuestra legislación vigente, el cual otorga la maternidad a la mujer que parió. ¿Pero qué sucede con la otra cónyuge, la no gestante? La madre de intención ¿qué rol juega dentro de la filiación de la hija o hijo?

En estricto apego al sistema jurídico mexicano vigente, la filiación sigue el juego de la presunciones provenientes del derecho romano “*pater is est16 recogido por el código de Napoleón. Éste atribuye la paternidad de la descendencia al marido de la esposa que da a luz. Sin embargo, hoy hablamos de matrimonio entre dos mujeres, donde no hay padre. Desde luego, se determina la madre, cuyo concepto acuñó Paulo. Pero qué pasa con la otra cónyuge, quien de acuerdo con esa presunción otorga la paternidad al marido de la cónyuge, pero es el caso que aquí no hay marido a quien atribuir la paternidad. Por el contrario, se trata de otra mujer. Luego entonces, ¿cómo se determina el vínculo de filiación con su hijo?*

Es obvio que el derecho mexicano no tiene respuesta. Por tal razón, deben cambiar los esquemas y adaptarse a los nuevos tipos de familia, en especial a las uniones de parejas del mismo sexo. Hay que transformar los conceptos clásicos para hacerlos acordes con las nuevas realidades sociales. La tutela del derecho a

mediante una relación sexual. Esto hace que todo el sistema colapse y entre en juego la voluntad. PEREÑA VICENTE, MONSERRAT, “Filiación y constitución: contradicciones y tensiones entre la verdad biológica y los valores superiores de igualdad y libertad”, *Derecho familiar constitucional*, Puebla, 2016, p. 289.

¹⁶ Una de las más importantes contribuciones del derecho romano a la teoría y a la historia de la presunción de la paternidad en matrimonio es el célebre pasaje paulino recogido por los compiladores justinianos en el *Digesto D.2,4,5*: ‘*quia semper certa est (mater), etiam si vulgo conceperit: pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*’. Se trata de una regla que encierra una expresión inequívoca: el que nace de matrimonio es hijo del marido de la madre y por supuesto la madre siempre es cierta.

la procreación implica sostener que no existe imposibilidad técnica para admitir la doble maternidad de dos mujeres.¹⁷

La pregunta es cómo. Si queremos mantener el juego de presunciones para hacer igualitario el régimen legal de los matrimonios heterosexual tendríamos que establecer una presunción de filiación a favor de la cónyuge no gestante. Es decir, regular una doble maternidad o comaternidad. En este mismo sentido, Marisa Herrera¹⁸ señala que debe extenderse esta presunción de comaternidad con fundamento en el principio de igualdad de los hijos, pues en todo caso sería discriminatorio que en un matrimonio heterosexual los hijos tuvieran aplicación de la presunción y, en cambio, negarles a las hijas o hijos de dos mujeres el correspondiente doble vínculo.

Para seguir en un ámbito de igualdad, tendría que exigirse el consentimiento previo, libre, informado, expreso y formal de la cónyuge no gestante, para que su otra cónyuge acceda a la reproducción asistida. Del mismo modo que la Ley General de Salud exige que otorgue el esposo para el caso que su esposa se insemine. Es decir, se debe configurar la maternidad como una facultad de la madre no gestante, que se base en el consentimiento:¹⁹ en la voluntad de querer ser madre. A mayor abundamiento, sirve como título de determinación legal de la filiación; es un reconocimiento previo del hijo o hija y tiene carácter de prueba plena. Es evidente que el fundamento de esa atribución no se encuentra en la verdad biológica.²⁰

Si se hablara de una pareja de mujeres unida en concubinato, se requerirá

¹⁷ RODRÍGUEZ GUITIÁN, ALMA MARÍA, “Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España: la reproducción post-mortem y la doble maternidad”, *Treinta años de reproducción asistida en España*, España, Ministerio de Justicia, 2015, pp.124-126.

¹⁸ HERRERA, MARISA, *Manual de derecho de las familias*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p. 511.

¹⁹ El consentimiento sin duda es indispensable para la realización de cualquier técnica de reproducción y es un elemento integrador de la filiación. Es el elemento volitivo que define la aceptación de las consecuencias de la manipulación médica, es decir, el consentimiento para asumir la maternidad y la paternidad. Más aún, sirve como título de determinación legal de la filiación. Es un reconocimiento previo del hijo o hija y tiene carácter de prueba plena. Es por ello que en varias legislaciones se pide su protocolización.

²⁰ RODRÍGUEZ GUITIÁN, ALMA MARÍA, “Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España: la reproducción post-mortem y la doble maternidad”, *Treinta años de reproducción asistida en España*, España, Ministerio de Justicia, 2015, p. 139.

también de su voluntad procreacional y su exteriorización a través del consentimiento previo e informado. Así, tal como se establece la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio de personas de distintos sexos, se atribuiría la filiación por el reconocimiento voluntario de ambas.

La reproducción en parejas de hombres u hombre solos depende de la regulación de la gestación por encargo. No obstante, en México sólo los estados de Tabasco y Sinaloa admiten la gestación por encargo. Tabasco reguló la figura desde 1997. Sin embargo, hay que advertir que se volvió una práctica habitual que permitía generación de ingresos y un gran negocio para los establecimientos. Por ello, en el 2015 se reformó el Código Civil para establecer más lineamientos para controlarla. Por su parte, Sinaloa incorporó en su Código de Familia del 2013 esta figura.

Ambas legislaciones presentan similitudes. En las dos se exige que haya un contrato.²¹ Como requisito ineludible, sólo se puede practicar²² cuando la mujer comitente o madre de intención sea infértil o esté imposibilitada a causa de alguna contraindicación dictada por un especialista. Ello vuelve nugatoria la posibilidad para los matrimonios entre hombres u hombres solos y termina por ser discriminatorio e ir contra los principios de equidad de género y el libre desarrollo de la personalidad.

De esta manera, las parejas de hombres y los hombres solos ven vulnerados sus deseos y derechos reproductivos ante la imposibilidad física de procrear. No tienen acceso jurídicamente a la gestación por encargo como la única posibilidad viable para ser padres genéticos. Esto constituye una falta de equidad: se da un trato desigual a hombres y mujeres por su identidad o por su estado civil, lo cual se traduce en una violación a los derechos humanos reproductivos

²¹ El contrato que se suscribe es por escrito, ante notario público, y debe contener el consentimiento de manera indudable. No debe de haber intermediarios.

²² Con dos modalidades: subrogada, cuando la gestante también aporte sus óvulos, y sustituta, si sólo involucra su vientre en el proceso. En Sinaloa se contempla que puede ser onerosa o gratuita. Las dos establecen requisitos para la mujer gestante: su edad que debe oscilar entre 25 y 30 años, buena salud, entre otras. Los médicos e instituciones deben estar autorizados por la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado.

reconocidos a nivel internacional.

Para el caso de las parejas de mujeres, y admitida la gestación por encargo para hombres, se requiere un cambio en los formatos de actas de nacimientos que contengan las opciones de la comaternidad y la copaternidad. No deben hacer referencia concreta a que el nacido ha sido por aplicación de las técnicas de reproducción asistida, ni dato alguno discriminatorio por el sexo de los progenitores. También habrá que decidir el orden de los apellidos que se inscriba en el acta de nacimiento respectiva, que en todo caso tendrán que acordar las madres o los padres, según el caso, de mutuo acuerdo.

Para concluir este trabajo, es pertinente señalar que el más alto tribunal en el país reconoció, en diversas resoluciones, que las parejas del mismo sexo tienen derecho a contraer matrimonio y constituir una familia con estricto apego a las normas de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Si bien muchas entidades federativas no han hecho las reformas pertinentes a sus ordenamientos legales aplicables, también es cierto que, aunque no es lo deseado, los interesados pueden contraer matrimonio previo el juicio de amparo, que obliga a las autoridades administrativas a casarlos.

Si se reconoce el derecho de las parejas del mismo sexo a constituir una familia y el ejercicio de la adopción, también debe reconocerse que (en términos del artículo 4) tienen derecho a procrear a través de la reproducción médica mente asistida o mediante una gestación por encargo. Como consecuencia se les debe atribuir la filiación de los hijos así procreados, estableciendo la doble maternidad y doble paternidad.

Bibliografía

BARAJAS MONTES DE OCA, SANTIAGO Y MADRAZO, JORGE, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, UNAM, 1994.

GÓMEZ SÁNCHEZ, YOLANDA, *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, Marcial Pons, 1994.

HERRERA, MARISA, *Manual de derecho de las familias*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015.

LÓPEZ GÁLVEZ & MORENO GARCÍA, JUAN MANUEL, “¿Industria de la fertilidad o respuesta a la búsqueda del hijo biológico?”, *Treinta años de reproducción asistida en España*, España, Ministerio de Justicia, 2015.

MORO ALMARAZ, MARÍA JESÚS, *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*, Barcelona, Bosch, 1988.

PEREÑA VICENTE, MONSERRAT, “Filiación y constitución: contradicciones y tensiones entre la verdad biológica y los valores superiores de igualdad y libertad”, *Derecho familiar constitucional*, Puebla, 2016.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, ALMA MARÍA, “Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España: la reproducción post-mortem y la doble maternidad”, *Treinta años de reproducción asistida en España*, España, Ministerio de Justicia, 2015.

Semanario Judicial de la Federación, 9^a época, Pleno constitucional, tomo 32, 2010.

Semanario Judicial de la Federación, R. 161309 T/A, 9^a Época, tomo 34, 2011.

Semanario Judicial de la Federación, T/J 43/2015, 1^a Sala Constitucional Civil, 10^a época, tomo I, 2015.

Semanario Judicial de la Federación, P/J 8, 10^a época, Pleno constitucional, tomo 1, 2016.

YAGÜE, LLEDÓ, “Los destinatarios de las técnicas de reproducción humana asistida. La fecundación *post mortem*. La titularidad del gameto fecundante. El donante de gameto”, en *La filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994.