

**EL INTERÉS SUPERIOR DE NIÑAS Y NIÑOS EN LA FILIACIÓN DE PAREJAS
DEL MISMO GÉNERO**

***THE BEST INTEREST OF CHILD IN THE PARENTAGE OF THE SAME-GENDER
COUPLE***

ANÍBAL GUZMÁN ÁVALOS

Catedrático de la Universidad Veracruzana

Artículo recibido el 31 de mayo de 2016

Artículo aceptado el 15 de junio de 2016

RESUMEN

El 21 de diciembre de 2009 se aprobó la reforma al artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, bajo la cual se eliminó de dicho artículo la referencia al género de las personas que contraen matrimonio (“...*El matrimonio es la unión libre de dos personas...*”). A raíz de ello, la Procuraduría General de la República (PGR) promovió una acción de inconstitucionalidad en contra del citado artículo ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), por considerar que éste era contrario al principio constitucional de “protección de la familia”. El 5 de agosto de 2010, la SCJN resolvió, entre otras cosas, que el artículo 146 no es contrario a la

Constitución y, por tanto, que el matrimonio entre personas del mismo género celebrado a luz de dicha normativa está permitido, y que su validez debe ser reconocida en todas las entidades federativas de la República. Sumado a ello, la SCJN estableció que la adopción realizada por las parejas del mismo género resulta también constitucional, pues considerar lo contrario sería discriminatorio. Sin embargo, el Máximo Tribunal del País omitió pronunciarse sobre el reconocimiento de la filiación entre una pareja del mismo género y un niño que ha sido concebido por ésta a través de técnicas de reproducción asistida; por lo tanto, la pronta regulación del tema es necesaria.

PALABRAS CLAVES: niños, interés superior, filiación.

ABSTRACT

On December 21, 2009, article 146 of the Civil Code of Mexico's Federal District was amended in order to remove the reference to the gender of the persons who get marry ("*...Marriage is the free union of two persons...*"). As a result, the Attorney General's Office interposed an action of unconstitutionality against the aforementioned article before the Mexican Supreme Court of Justice (SCJ), considering that it was contrary to the constitutional principle of "family protection". On August 5, 2010, the Supreme Court decided, among other things, that article 146 was not contrary to the Mexican Constitution and, therefore, it concluded that the same-gender marriage celebrated on the light of this norm is permitted and its validity must be recognized in all the states of the Republic. Furthermore, the Supreme Court ruled that the adoption by same-gender couples is also constitutional, because its prohibition would be considered discriminatory. Nevertheless, the Court omitted to rule on the recognition of the parentage between a same-gender couple and a child who has been conceived by it through the use of assisted reproductive techniques; therefore, a prompt regulation of the issue is necessary.

KEYWORDS: children, the best interest of the child, parentage.

Sumario

Planteamiento.

I. La resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

II. Filiación adoptiva.

III. La procreación.

IV. La filiación derivada de los matrimonios entre parejas del mismo sexo.

V. A propósito del interés superior de niñas y niños.

Conclusiones.

Fuentes

Planteamiento.

En México a pesar de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado que el matrimonio como el concubinato, entre parejas del mismo sexo, son modos de constituir familia y como tal tienen protección constitucional, garantizando su Derecho también a adoptar niñas y niños, no ha establecido nada respecto a la posibilidad que sean usuarios de los métodos de fecundación medicamente asistida y pueda establecerse una filiación para ambas mujeres o para ambos padres, en provecho de las niñas y niños que sean procreados de esta manera originando una co-maternidad o una co-paternidad.

Los cambios jurídicos de las transformaciones de las relaciones humanas, se han venido realizando a través de las resoluciones de los tribunales; en tal virtud, la legislación de la materia no tiene contemplado una regulación para los supuestos señalados líneas arriba, a pesar de que estas parejas tienen el reconocimiento, por sendas resoluciones de la Corte, aunque en las entidades federativas no haya disposición que así lo prevea; por lo tanto hay que establecer la normatividad aplicable para el caso de esas hipótesis.

I. La resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Para sostener las conclusiones del presente trabajo, la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que emitiera con motivo del juicio de inconstitucionalidad 2/2010, es una premisa, toda vez que analizó con puntualidad los argumentos esgrimidos por el Procurador General de Justicia en contra de la reforma del artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal.

Sin querer entrar en detalle, pues no es el objetivo, la resolución del Tribunal constitucional declaró válida la reforma y con ello el matrimonio de personas del mismo sexo,

argumentando, que la dignidad humana es un derecho fundamental superior, que se encuentra 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, 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 sexual¹.

Sostuvo, además, que la naturaleza humana es sumamente compleja, y uno de los aspectos que la caracteriza es la preferencia sexual de cada individuo, la que indudablemente 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, como parte de su identidad personal, es un elemento relevante en el proyecto de vida que tenga y como cualquier persona, incluye el deseo de tener una vida en común con otra persona de igual o distinto sexo y por ello no debe limitarlo en la búsqueda y logro de su felicidad. Asimismo confirmó que dentro de los derechos fundamentales, se encuentra el derecho a la identidad personal y sexual, debiéndose entender 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 consecuencia, es decisión de un individuo 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.

La Suprema Corte estima que la diversidad sexual de los contrayentes no es ni constitucional, ni legalmente un elemento definitorio de la institución matrimonial, sino más bien el resultado de la concepción social que en un momento histórico dado existía, mas no el núcleo esencial del matrimonio. Por ello, afirma que la institución del matrimonio no puede estar encasillado a un concepto inmutable o "petrificado" toda vez que la transformación de las relaciones humanas, han llevado paulatinamente a diversas

¹ Semanario Judicial de la Federación. (2011) T/A. R. 22553 9ª Pleno. Constitucional Tomo XXXII Página: 991

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. Refiriéndose, al Distrito Federal, indica que el legislador tuvo la decisión de igualar las uniones de personas del mismo sexo a las heterosexuales de 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 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° de la Norma Fundamental, subrayando que vivimos en un Estado democrático de derecho y 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, pues sería insostenible que puedan acceder a la institución del matrimonio pero no a conformar una familia, máxime que ello incide definitivamente en la protección de los derechos de la niñez, como es crecer dentro de una familia y no ser discriminado o visto en condiciones de desventaja según el tipo de familia de que se trate.²

A mayor contundencia, ha sostenido recientemente que es discriminatorio vincular los requisitos del matrimonio con las preferencias sexuales y no es una medida idónea para cumplir con la finalidad constitucional de proteger a la familia como realidad social y por ende es inconstitucional cualquier legislación interna que declare que el matrimonio es 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

² Semanario Judicial de la Federación. (2011) R. 161309 T/A 9ª Pleno Constitucional Tomo XXXIV, Página: 871

nadie un derecho con base en su orientación sexual. Por tanto, no es factible hacer compatible o conforme un enunciado que es claramente excluyente.³

II. Filiación adoptiva

Al resolver la Corte, el juicio de inconstitucionalidad de la reforma del artículo 146 del Código Civil del Distrito Federal, también aludió al acceso de los cónyuges y concubinos del mismo sexo a la filiación adoptiva y bajo el criterio que dichas parejas pueden acceder al matrimonio, no se puede sostener que no tendrían derecho a conformar una familia, toda vez que la protección constitucional no se limita a un modelo o estructura familiar.

En el entendido que la dinámica social demuestra que existe una gran diversidad de formas como puede integrarse una familia -nuclear, monoparental, extensa e, incluso, homoparental-, y desde luego que no siempre derivan del matrimonio; y es innegable que todas y cada una de ellas tienen la misma protección constitucional, ya que no se les puede restar valor a la estructura u organización de familias sólo porque no se corresponden con concepciones tradicionales.

La protección constitucional también alcanza a la filiación adoptiva, toda vez que se tiene que considerar el interés superior del menor, siempre en posición prevalente frente al derecho del adoptante o adoptantes y ha sostenido 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

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

El interés superior del menor, -expresa- exige que el Estado asegure que los niños se convertirán en adultos en contextos familiares que *prima facie* les garantizan cuidado,

³ Semanario Judicial de la Federación. T/J 43/2015 10ª

sustento y educación, pero 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 que, se afirma, se quieren proteger.

En ese orden de ideas, concluye que el estado salvaguarda ese interés, a través de una ley que garantice que el adoptado se desarrollará en un ambiente que represente su mejor opción de vida y que el juzgador asegure que, en cada caso concreto, para autorizar la adopción, valorará cuidadosamente la actualización de los supuestos normativos, allegándose de todos los elementos necesarios para el debido cumplimiento del principio del interés superior del niño.

Sostiene el Alto tribunal que 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 y cada familia tiene que analizarse en lo particular, no desde el punto de vista estadístico. No obstante, afirma la Corte que en México el estándar de los procedimientos de adopción 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.

Consigna que si la 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 esa sede constitucional, lo cual sería sumamente grave. Por tanto expresa que el derecho debe ser parte del avance social.

En el mismo sentido, recientemente el 10 de agosto del 2015 el Tribunal constitucional resolvió la acción de inconstitucionalidad 8/2014 donde 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.

III. La procreación

La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado; así lo han pronunciado Instrumentos internacionales en la materia,⁴ y han sostenido que todos los seres humanos tienen derecho a fundar

⁴Declaración Universal 16.3; Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre VI, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 23.1.; Pacto de San José de Costa Rica 17.1

una familia sin restricción alguna, a partir de la edad núbil⁵ y nadie puede tener injerencias arbitrarias en dicha familia.⁶ Es cierto que no existe una declaración específica al derecho a procrear, pero también es cierto que implícitamente se puede considerar comprendido, toda vez que es aspiración del ser humano fundar una familia y ello conlleva también el «derecho» de dar vida a una propia descendencia.

El artículo 4º de la Constitución mexicana garantiza la libertad de planificar la familia, por tanto, contempla dos vertientes: por un lado, la libertad para procrear, y por otro lado, la libertad para evitar la reproducción; lo que hace patente el divorcio entre la sexualidad y la procreación. Esta disposición consagra la decisión de tener o no tener una hija o hijo.

Para los efectos de este trabajo, nos referiremos al derecho a ser madre o padre, que si bien es cierto, puede ser vía la adopción, como se patentizó en el apartado anterior, también es cierto que en los supuestos a que nos estamos refiriendo puede ser por otros medios. . Sí las personas no pueden concebir hijos en forma natural, entonces lo pueden lograr con la intervención de los avances científicos, como parte de la libertad del individuo. La Constitución no hace referencia a una paternidad exclusivamente biológica

El artículo 4º textualmente señala “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos.”⁷ Este derecho reproductivo que consagra la Carta Magna en México, incluye el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción; quiere decir que como derecho de los ciudadanos, cualquiera puede realizar todas las acciones pertinentes para lograr una fecundación y por ello no tenga que 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. Por eso se requiere una adecuada reglamentación, que resuelva, sin restricción de la dignidad humana, porque todos son iguales ante la ley y tienen sin distinción derecho igual a la procreación.⁸

⁵Declaración Universal 16.1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 23.2. ; Pacto de San José de Costa Rica 17.2

⁶Declaración Universal 12; Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre V.

⁷Este 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 que incluye el derecho a la libre procreación como garantía personal. Cf. Santiago Barajas Monte de Oca y Jorge Madrazo. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*. 5ª ed. I.I.J. U.N.A.M., México, 1994, p. 20

⁸ En este sentido María Jesús Moro Almaraz, manifiesta que los recientes avances culturales, científicos y tecnológicos, las transformaciones socioeconómicas, “pueden suscitar nuevas pretensiones jurídicas de carácter fundamental” que enriquecen los derechos y libertades básicas sin que se encuentre limitado por lo que es posible que se imponga el derecho a los padres a la procreación asistida; facultades, que se derivan de otros derechos y del respeto a la libertad individual, futuros derechos que son realidades que colisionan con otros indiscutibles y tutelados. *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*. Librería Bosch. Barcelona. p. 85

Anteriormente existía la idea que los matrimonios tenían derecho a la procreación. Claro que siempre se había pensado en una unión heterosexual, pero ahora que la realidad social dicta una unión entre personas del mismo sexo pueden ejercitar su derecho a tener hijos; sin embargo no lo pueden realizar en forma natural sino necesariamente a través de las técnicas de reproducción asistida. Derecho que también les asiste a las parejas estables unidas en concubinato del mismo sexo.

La Corte, al resolver la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada, sostuvo que la decisión de procrear no depende de la figura del matrimonio, en tanto cada persona determinará cómo desea hacerlo, como parte de su libre desarrollo de la personalidad, sea bajo la figura del matrimonio, heterosexual o no, o de otro tipo de uniones, como personas solteras, cualquiera que sea su preferencia sexual.

IV. La filiación derivada de los matrimonios entre parejas del mismo sexo

Las parejas del mismo sexo pueden contraer matrimonio y también pueden cumplir con la finalidad de ofrecer una familia a niñas o niños que carecen de ella a través de la institución de la adopción, permitiendo la filiación adoptiva, conforme a los criterios jurisprudenciales sustentados por la Suprema Corte de Justicia en pleno y la Primera Sala; replanteando nuevamente el sistema de filiación fundado exclusivamente en la voluntad.

No obstante, en términos del artículo 4° Constitucional, las parejas del mismo sexo también pueden dentro de su libertad o derecho a la procreación, optar por el uso de técnicas de procreación médicamente asistida. Obviamente sólo pueden hacerlo efectivo con el empleo de los avances de la ciencia en esta materia; toda vez que se puede tener descendencia en forma asexual, los usuarios exteriorizan su voluntad a este acto substitutivo de la cópula y a veces aunque no aportan gametos, deciden el nacimiento porque desean un hijo o hija y es a quien se le atribuye la paternidad y/o la maternidad.

El problema es que la Corte al resolver las cuestiones del matrimonio y su derecho a adoptar, no previó la determinación de la filiación que se pudiera originar en esas hipótesis. Es verdad que pueden hacer uso de la adopción de la hija o del hijo de la cónyuge o del cónyuge, pero es un proceso tortuoso y costoso; pero además no es el deseado.

Las parejas del mismo sexo, para ejercer su libertad de procreación pueden hacer uso de la fecundación asistida. Es claro que 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 de una pareja de hombres, porque la mujer tiene la capacidad gestacional y pueden lograrlo al recurrir a una inseminación artificial con donación de esperma o fecundación in vitro con donación de esperma o de un embrión; así como la microinyección espermática que básicamente consiste en la inyección

directa de un solo espermatozoide en el interior del óvulo.⁹ Una opción más, es gestación a través de una mujer sustituta con o sin utilización de los óvulos de alguna de las cónyuges. Si las dos cónyuges desean contribuir en este proceso reproductivo una puede otorgar el óvulo y otra gestarlo.

Hasta aquí, el asunto transcurre sin ningún inconveniente, toda vez que hemos dicho que hay libertad para utilizar los métodos de reproducción humana. El problema se presenta con la filiación de la hija o hijo producto de la utilización de una técnica; sin lugar a dudas, si una de ellas lleva cabo el proceso gestacional y da a luz, de acuerdo a nuestro Derecho ella y sólo ella, será la madre; recordemos el principio paulino *mater semper certa est*, que otorga la maternidad a la mujer que parió. Pero que sucede con la otra cónyuge, la no gestante? Qué rol juega dentro de la filiación de la hija o hijo?

Si analizamos que la filiación es un concepto jurídico, que en ocasiones refleja un elemento biológico, pero no necesariamente, pues como he sostenido en otros trabajos, cada vez más hay elementos que intervienen en su configuración: Volitivos, afectivos, culturales, etc., así como principios de interés superior del menor y de seguridad de las relaciones de filiación. Lo cierto es que refleja la creación de vínculos puramente jurídicos; lo que parece paradójico en tanto que los progresos científicos permiten conocer una verdad genética.

Las recomposiciones familiares contemporáneas dan como resultado que figuras tradicionales se transformen; matrimonio, filiación e inclusive la patria potestad que se había considerado como una consecuencia de la filiación, ahora se habla de una noción de “parentalidad”, separada de la biología y en algunas ocasiones incluso de toda filiación jurídica establecida, que contempla la situación en la que la responsabilidad parental es asumida por un progenitor y su pareja, es decir, por una persona que no tiene un vínculo de filiación con el niño, quien adquiere el compromiso de su educación y mantenimiento en aras a la estabilidad afectiva del vínculo y la paz de las familias.¹⁰

El término parentalidad encuentra su origen en un acto de compromiso: la voluntad de asumir la educación de un niño que no es el suyo y el deseo de que se reconozca dicha función, con independencia de los vínculos de sangre o de derecho, lo que lleva a la reivindicación de un estatuto jurídico capaz de proteger esta relación afectiva en interés del niño.

Interés catalogado en el artículo 4º de la Constitución como principio rector, pero no como un ideal abstracto, sino como la expresión de un derecho a la certeza y estabilidad del

⁹ Lopez Galves & Moreno García, Juan Manuel, *¿Industria de la fertilidad o respuesta a la búsqueda del hijo biológico*. Boletín del Ministerio de Justicia de España. Treinta años de reproducción asistida en España. 2015, p. 244

¹⁰ Tamayo Haya, Silvia. *Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas*.

http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISTA%20DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/NUMERO%20VI/NUEVOMODELODEFILIACION.

propio status que debe conducirnos a rediseñar el derecho de filiación, que ha dejado de ser accesorio al matrimonio o de cualquier otra estructura de vida elegidas por los progenitores, como derecho independiente, que expresa valores de responsabilidad, de compromiso, que integre los principios de interés superior del niño, de igualdad y no discriminación al establecimiento de ese vínculo y sus efectos de las hijas e hijos que pudieran procrearse con métodos médicamente asistidos.

V. A propósito del interés superior de niñas y niños

El principio rector establecido en el artículo 4º de la Constitución, es un derecho humano de los menores y parece natural que las niñas y niños siendo indefensos desde su nacimiento se declare su protección, en principio por quien esté vinculado por vía de filiación o parentalidad, que tienen la obligación o deber primario de cumplir todas las necesidades de alimentación, salud, educación y en general todas aquellas satisfacciones para que logren un desarrollo integral sin ningún menoscabo de desigualdad. El propio artículo 1º Constitucional, en su párrafo quinto, también es aplicable a la defensa e igualdad de los niños y niñas, al señalar que otorga garantías a todo individuo (los menores son individuos que si bien es cierto su situación jurídica es especial, ya que no tienen capacidad de ejercicio pero si la capacidad de goce) y prohíbe la discriminación por razón de edad.

La propia Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia¹¹ ha señalado que el interés superior del menor, es un concepto jurídico indeterminado y por ello se dificulta notablemente su aplicación, por lo que es necesario encontrar criterios para averiguar, racionalmente, en qué consiste el interés del menor y paralelamente determinarlo en concreto en los casos correspondientes. Por ello sostienen que es necesario precisar los hechos y las circunstancias que lo envuelven pues *no es siempre el mismo, ni siquiera con carácter general para todos los hijos, pues varía en función de las circunstancias personales y familiares*.

Lo anterior nos conlleva a precisar que en aquellos casos en los que exista una pareja del mismo sexo que haga uso de las técnicas de procreación médicamente asistida que dé como resultado el nacimiento de una niña o niño, se atribuya su filiación a ambos para que satisfagan las necesidades materiales básicas o vitales del menor, y las de tipo espiritual, afectivas y educacionales, toda vez que ese principio pugna por hacer efectivo la protección de la infancia, “cuyo mejor beneficio y menor perjuicio hay que encontrar”¹² más allá de una visión puramente normativa, valorando el elemento personal y humano en la solución jurídica al problema individual o al conflicto social; que en el caso concreto tiene que alcanzar a las niñas y niños procreados mediante la utilización de técnicas de reproducción

¹¹ Semanario Judicial de la Federación, 2014, pág. 270

¹² Rivero Hernández *El interés del menor*. 2ª Dykinson. Madrid, 2007 pág. 20

asistida, garantizando su filiación mediante el establecimiento de una co-maternidad y una co-paternidad.

Por supuesto que esa es una decisión que más en interés de los adultos, debe ser prevaleciente en interés de las niñas y niños que sean procreados por parejas del mismo sexo, para garantizar la protección constitucional y hacer efectivos su desarrollo integral.

Es la niña o niño quien más interesa en este ámbito y no debe de importar el tipo de familia que sea: llámese monoparental, convencional, nuclear, homoparental, adoptiva, reconstituida o ensamblada, porque ya no es la familia quien hace al niño, sino que es el niño quien hace a la familia.¹³

La Corte, como señalé anteriormente para el caso de adopción, ha sostenido que la orientación sexual de una persona o de una pareja no es nocivo para el desarrollo de un menor y ello afecte su interés superior y cualquier argumento en esa dirección conduciría a utilizar un razonamiento vedado por el artículo 1º de la Constitución Federal que, específicamente, prohíbe la discriminación de las personas por razón de sus preferencias o por cualquier otra razón que atente contra la dignidad humana, porque este principio rector exige que el Estado asegure que los niños se convertirán en adultos en contextos familiares que *prima facie* les garantizan cuidado, sustento y educación, pero 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 que, se afirma, se quieren proteger.

Ahora bien, el interés superior de niñas y niños demanda que se proteja su filiación; pero es el caso que de acuerdo al sistema jurídico mexicano, la filiación sigue el juego de la presunciones provenientes del Derecho romano “*pater is est*”¹⁴ que el código de Napoleón recogió y que atribuye la paternidad de la descendencia al marido de la esposa que da a luz; sin embargo, hoy hablamos de matrimonio entre dos mujeres, quien es la madre? La que acuñó Paulo o tenemos que hablar de nuevas categorías jurídicas.

En tal virtud, se deben cambiar los esquemas y adaptar a los nuevos tipos de familia, en especial a las uniones de parejas del mismo sexo; esto es, transformar los conceptos clásicos para hacerlos acordes a las realidades sociales.

La pregunta es cómo? Si queremos seguir en el juego de presunciones para hacer igualitario el régimen legal de los matrimonios heterosexual tendríamos que establecer una presunción de maternidad a la cónyuge no gestante. Es decir, regular una doble maternidad o co-maternidad. De hecho, el fundamento de las técnicas de reproducción asistida en la

¹³ Gallus, N. *Le Droit de la filiation* citado por Tamayo Haya, Silvia. *Op. cit.*

¹⁴ Una de la más importante contribución del derecho romano a la teoría y a la historia de la presunción de la paternidad en matrimonio es, el célebre pasaje pauliano 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.

tutela del derecho a la procreación lleva consigo de modo automático que no haya ninguna imposibilidad técnica de admitir la doble maternidad de dos mujeres.¹⁵

Para seguir en un ámbito de igualdad, tendría que exigirse el consentimiento de la cónyuge no gestante, para que su otra cónyuge accediera al uso de las técnicas de reproducción asistida; tal y como la Ley de Salud exige que otorgue el esposo para el caso que su esposa se insemine. Es decir, configurar la maternidad como una facultad de la madre no gestante, que se base en el consentimiento; esto es, en la voluntad de querer ser madre; porque es evidente que el fundamento de esa atribución no se encuentra en la verdad biológica, toda vez que no es posible una relación biológica fértil entre parejas del mismo sexo.¹⁶

El consentimiento, sin duda es indispensable para la realización de cualquier técnica de reproducción y es un elemento integrador de la filiación de los hijos e hijas nacidos por ellas. 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.

En líneas arriba, he señalado que en el concepto actual de filiación, la voluntad está inmersa y rebasa a los progenitores otorgando esa connotación a personas ajenas, creando el mismo vínculo jurídico; como en el caso de la adopción, cuya función social es tan relevante que dio origen a una categoría de filiación equiparada a la consanguínea. Es decir que la paternidad y maternidad no son ya un hecho solamente biológico: la adopción creó un tipo diferente de paternidad y de maternidad que puede llamarse afectiva o social, sin pensar que desde siempre, la paternidad legal puede no corresponder con la paternidad biológica. Hoy la filiación requiere ineludiblemente del concurso de la voluntad cuando la procreación se realice con el auxilio de los avances científicos; cuya voluntad permite atribuir la paternidad o maternidad. No hay duda que este elemento es fundamental en la constitución del concepto actual del derecho de filiación.

Ese consentimiento que debe ser libre, informado, expreso y formal de la madre no gestante es necesario, ya que es el elemento requerido para determinar la maternidad, sobre todo por los derechos de la niña o niño y sus consecuencias jurídicas (apellidos, derechos sucesorios, patria potestad); por ende la mujer que haya otorgado su voluntad, no podrá impugnar su maternidad.

Anteriormente dije que se trata de una nueva categoría jurídica de atribución de la filiación materna por “naturaleza”, que si bien es cierto no hay correspondencia con la

¹⁵ Rodríguez Guitián, Alma María. *Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España: la reproducción post-mortem y la doble maternidad*. Boletín del Ministerio de Justicia de España. Treinta años de reproducción asistida en España. 2015 p.124-126

¹⁶ Rodríguez Guitián, Alma María *Op. Cit.* p. 139

verdad biológica, se desea que prevalezca la seguridad jurídica y la estabilidad en las relaciones filiales.

Por otro lado, tener las previsiones necesarias en las actas de nacimiento que lleve el Registro Civil para atribuir la co-maternidad y por supuesto no haga ninguna referencia concreta a que el nacido lo sea por aplicación de las técnicas de reproducción asistida, también habrá que decidir el orden de los apellidos que se inscriba en el acta de nacimiento respectiva, que en todo caso tendrá que ser acordado por las madres o por los padres, si es el caso, de mutuo acuerdo.

Hasta hoy, la ciencia permite atender las demandas de las mujeres pero no las de los hombres cuando unas y otros actúan individualmente o en parejas del mismo sexo; porque el varón precisa además de la colaboración de una mujer para llevar 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.¹⁷

Sin embargo, no podemos negar a los hombres en solitario o en parejas su derecho a procrear para prolongar su carga genética. ¿Cómo? es todavía la pregunta a contestar, hoy en día.

La única opción que se observa viable hasta ahora, es a través de la gestación por sustitución de maternidad, donde un hombre o una pareja de hombres podrían contratar los servicios de una madre sustituta, que procreara un hijo con el semen de uno y después de engendrarlo y parirlo se los entregara. Negar ese derecho a la paternidad sería una discriminación “*odiosa sunt restrinenda*.”¹⁸ No obstante hoy sólo el Estado de Tabasco en el sistema jurídico mexicano tiene respuesta para esta figura.

Para concluir este trabajo hay que mencionar que las parejas del mismo sexo tienen el derecho de procrear a través de los métodos de procreación médicamente asistida y los descendientes a tener todos los derechos de quienes hayan decidido su nacimiento.

Conclusiones

En México más allá de una regulación, ha habido un reconocimiento judicial a las nuevas relaciones familiares, encuadrando su tipología al concepto constitucionalmente protegido; sin embargo, si bien es cierto, que también se establece el derecho para que estas

¹⁷Gómez Sánchez, Yolanda. *El derecho a la reproducción humana*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas, S.A. Madrid, 1994. p 69

¹⁸Lledó Yagüe, “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*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, Marzo de 1994 p. 331

formas de familia tengan acceso a la adopción; también es cierto, que pueden acceder a la fecundación asistida y lograr descendencia con carga genética para una o uno de las parejas.

La Suprema Corte de Justicia, no argumentó nada en este sentido, cuando resolvió el juicio de inconstitucionalidad de la reforma del artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, ni tampoco hay legislación en el país que prevea esos supuestos jurídicos.

En términos de los mismos argumentos que sostuvo el Alto tribunal, deben crearse las disposiciones legales que regulen la doble maternidad y paternidad; siempre como una decisión de la protección constitucional prevista en el artículo 4° que señala al interés superior del menor como eje rector en todas las decisiones y actuaciones del Estado.

Fuentes

Barajas Monte de Oca, Santiago y Madrazo, Jorge. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*. 5ª ed. I.I.J. U.N.A.M., México, 1994

Declaración Universal

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre

Gómez Sánchez, Yolanda. *El derecho a la reproducción humana*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas, S.A. Madrid, 1994.

Lledó Yagüe, “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*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, Marzo de 1994

López Gálvez & Moreno García, Juan Manuel, *¿Industria de la fertilidad o respuesta a la búsqueda del hijo biológico*. Boletín del Ministerio de Justicia de España. Treinta años de reproducción asistida en España. 2015

Moro Almaraz, María Jesús. *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*. Librería Bosch. Barcelona.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Pacto de San José de Costa Rica

Rivero Hernández *El interés del menor*. 2ª Dykinson. Madrid, 2007

Rodríguez Guitián, Alma María. *Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España: la reproducción post-mortem y la doble maternidad*. Boletín del Ministerio de Justicia de España. Treinta años de reproducción asistida en España. 2015

Semanario Judicial de la Federación, 2014,

Semanario Judicial de la Federación. (2011) T/A. R. 22553 9ª Pleno. Constitucional Tomo XXXII Página: 991

Semanario Judicial de la Federación. (2011) R. 161309 T/A 9ª: Pleno Constitucional Tomo XXXIV, Página: 871

Semanario Judicial de la Federación. T/J 43/2015 10ª

Tamayo Haya, Silvia. *Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas.*

http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISTA%20DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/NUMERO%20VI/NUEVOMODELODEFILIACION.