

Tohil

REVISTA JURÍDICA DE LA FACULTAD DE DERECHO



LA MATERNIDAD SUBROGADA EN MÉXICO

SUBROGATED MATERNITY IN MEXICO

MARÍA MINERVA ZAPATA DENIS¹

Sumario: I. INTRODUCCIÓN; II. EL CASO ARTAVIA MURILLO VS. COSTA RICA. SU IMPACTO EN LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS; III. LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (TRA); IV. LAS PARTES INVOLUCRADAS EN LA MATERNIDAD SUBROGADA; V. MODALIDADES DE LA MATERNIDAD SUBROGADA; VI. LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL MARCO NORMATIVO MEXICANO; VII. LAS CONTROVERSIAS EN TORNO A LA MATERNIDAD SUBROGADA; VIII. CONCLUSIONES; IX. FUENTES DE INFORMACIÓN.

Summary: I. INTRODUCTION, II. THE CASE ARTAVIA MURILLO VS. COSTA RICA. YOUR IMPACT ON REPRODUCTIVE RIGHTS. III. SUBROGATED MATERNITY AS AN ASSISTED REPRODUCTION TECHNIQUE (TRA). IV. THE PARTIES INVOLVED IN THE SUBROGATED MATERNITY. V. MODALITIES OF SUBROGATED MATERNITY. VI. SUBROGATED MATERNITY IN THE MEXICAN NORMATIVE FRAMEWORK. VII. THE DISPUTES ABOUT THE SUBROGATED MATERNITY. VIII. CONCLUSIONS IX. INFORMATION SOURCES.

¹ Doctora en Derecho por el Instituto Universitario Puebla. Profesor de Carrera Asociado “D” de Tiempo Completo en la Universidad Autónoma de Yucatán.

Resumen: El aumento en los índices de infertilidad ha creado el escenario propicio para que el universo de la reproducción asistida tome un papel importante y cree una nueva realidad científica que avanza a pasos agigantados, replanteando la forma de procrear a través de Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) que buscan otorgar vías de solución a esta problemática; un ejemplo es la Maternidad Subrogada, técnica que aporta una vía de salida ante la imposibilidad de gestar un hijo por condiciones físicas o médicas pero que plantea una serie de dilemas éticos y jurídicos. En México solo dos estados la permiten, Tabasco y Sinaloa, y se configura a través de un contrato de gestación subrogada que por sus alcances es preciso analizar

Palabras clave: Infertilidad, maternidad subrogada, dignidad humana, Técnicas de reproducción Asistida, Contrato de Gestación Subrogada, Derechos reproductivos.

Abstract: The increase in infertility rates has created the propitious scenario for the assisted reproduction universe to take an important role and create a new scientific reality that advances by leaps and bounds, rethinking the way to procreate through Assisted Reproduction Techniques (TRA) that seek to create ways to solve this problem; An example is Surrogacy, a technique that provides an exit to the impossibility of gestating a child due to physical or medical conditions but which raises a series of ethical and legal dilemmas. In Mexico, only two states allow it, Tabasco and Sinaloa, and it is configured through a surrogacy contract that, due to its scope, needs to be analyzed

Keywords: Infertility, surrogacy, human dignity, Assisted reproduction techniques, Surrogacy Contract, Reproductive rights.

I. INTRODUCCIÓN

El aumento en los índices de infertilidad tanto en hombres como en mujeres es una realidad creciente en todo la humanidad, la Organización Mundial de Salud estima que una de cada cuatro parejas padece problemas de fertilidad;² en el caso específico de México se calcula, según datos del INEGI, que hay 1.5 millones de parejas afectadas.³ Lo anterior ha sido el escenario propicio para que el universo de la reproducción asistida tome un papel importante y cree una nueva realidad científica que avanza a pasos agigantados, pero así como la

² Organización Mundial de la Salud, <https://bit.ly/2QSmIcB> (16 de noviembre de 2018).

³ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, <https://bit.ly/1kSHSEG> (16 de noviembre de 2018).

aplicación de la tecnología ha producido beneficios también ha abierto la caja de pandora hacia un universo de posibilidades que antes se consideraban inalcanzables y sobre todo ha replanteado la forma de concebir a los seres humanos a través de Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) que buscan crear vías de solución a esta problemática, siendo la técnica de la Maternidad Subrogada una opción a la que acuden las personas solas, parejas heterosexuales y homosexuales en su búsqueda de formar una familia. Técnica que va en aumento pero que plantea una serie de dilemas jurídicos, éticos y morales, y que en México, ante la disparidad normativa que existe ante este tema, crea el espacio propicio para funcionar en un ámbito de incertidumbre jurídica para las partes.

Según datos de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios en México (COFEPRIS) se tiene un registro de más de 100 clínicas y centros médicos que aplican técnicas de reproducción asistida⁴, a nivel internacional la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (REDLARA) tiene dato de 39 centros de fertilidad registrados y según datos del periódico El Universal, en México la reproducción asistida ocupa el tercer lugar en turismo médico.⁵Bajo este contexto, el crecimiento exponencial que han tenido en los últimos años las TRA ha generado que se estén abriendo un amplio camino que ha generado grandes expectativas económicas.

I. CASO ARTAVIA MURILLO VS. COSTA RICA. SU IMPACTO EN LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS

La maternidad subrogada como una técnicas de reproducción asistida necesariamente nos refiere al ejercicio de los llamados derechos reproductivos; los cuales tienen como antecedente formal directo el sonado caso Artavia Murillo vs. Costa Rica, litigado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) referente obligatorio cuando se entra a disertar sobre algún tema relacionado con la reproducción asistida.

El caso se origina en Costa Rica cuando el ministerio de salud en

4 Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios en México (COFEPRIS) <https://bit.ly/37K9fN5> (3 de noviembre de 2018)

5 El Universal, La reproducción asistida ocupa el tercer lugar en turismo médico en México, <https://bit.ly/2qUnQ4h> (19 de noviembre de 2018).

1995 aprueba el Decreto 24029-S del 3 de febrero de 1995, en el cual se autorizaba la utilización de la fertilización in vitro (FIV) como una técnica de reproducción asistida; el 7 de abril del mismo año se presenta en contra de dicho decreto una acción de inconstitucionalidad alegando violaciones al derecho a la vida de los embriones fertilizados que al no ser utilizados son desechados; siendo que el 15 de marzo del 2000 la corte suprema declaró procedente la acción y con ello la inconstitucionalidad de la FIV por atentar contra la vida y la dignidad humana argumentando que, a partir del momento en que un óvulo es fertilizado, existe una persona con un derecho a la vida absolutamente inviolable, y que en consecuencia el embrión no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, o expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte.

Este último supuesto afectaba especialmente a la FIV porque, según la Corte, la técnica comportaba una elevada pérdida de embriones que no se implantarían. A partir de ésta decisión, Costa Rica pasó a ser el único Estado en el mundo donde la FIV estaba prohibida.

El 19 de enero de 2001 nueve parejas afectadas con la decisión acudieron a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), y el caso llegó a la CoIDH, la que finalmente en el 2010 en su informe de fondo determinó que el Estado de Costa Rica era responsable por la violación de los derechos a la privacidad, la familia y la igualdad ante la ley de las nueve parejas y reconoce por primera vez que los derechos reproductivos son derechos humanos, pues se encuentran incorporados en la obligación de respeto y garantía de los derechos a la privacidad, a conformar una familia, a la libertad y la integridad personal.⁶

La sentencia deja por demás sentado el derecho que tiene toda persona al libre ejercicio de sus derechos reproductivos. Pese a lo anterior es fundamental analizar el alcance del ejercicio de dicho derecho y que en ciertas TRA, como el caso de la maternidad subrogada en México, a través de un contrato, compromete derechos de un tercero que es el *nasciturus*.

II. LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas 28 de noviembre de 2012. Consultada el 14 de enero de 2019 en <https://bit.ly/37Xvlt>

La maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida surge en el año de 1980, cuando una mujer en Estados Unidos, mediante un contrato de intermediación recibió una cantidad de dinero por gestar al hijo de otra pareja.⁷ A partir de ese año dicha técnica comenzó a ser utilizada y a generar una serie de polémicas disertaciones sobre la legalidad o ilegalidad de su uso; lo cierto es que al día de hoy es una técnica utilizada en muchos países del mundo, y que a pesar de su proliferación aún carece de una regulación que proteja en realidad los intereses de los sujetos directamente involucrados en el proceso.

La polarización de las posturas se deja ver en la diversidad de regulaciones a favor y en contra que se tienen al respecto, incluso dentro de un mismo país existe diversidad de regulaciones, como es el caso de Estados Unidos en donde hay estados que la permiten y estados que de manera tajante la prohíben, en el caso de México 2 estados la permiten (Tabasco y Sinaloa), 3 la prohíben expresamente (Querétaro, Coahuila y San Luis Potosí) y el resto no se pronuncian ni a favor ni en contra.

La maternidad subrogada la podemos definir como “la práctica mediante la cual una mujer gesta un niño por otra, con la intención de entregárselo después del nacimiento.”⁸

Asimismo, también como “el acto productor que genera el nacimiento de un niño gestado por una madre sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe de ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figura como madre.”⁹

Las anteriores definiciones nos dejan clara la complejidad del procedimiento no por cuestiones técnicas sino por los factores que se involucran en todo el proceso y por los intereses que se ponen en juego, principalmente de la madre gestante y el menor gestado, y las problemáticas que se pueden generar respecto a los supuestos de

7 La gestante, Elizabeth Kane (seudónimo), recibió una compensación económica. La Sra. Kane era una buena candidata para la subrogación tradicional porque, además de estar casada y tener hijos propios, previo al matrimonio ya había dado un hijo en adopción. Sin embargo, justo después de renunciar sus derechos sobre el bebé, empezó a arrepentirse de su decisión. A raíz de este suceso, Kane se convirtió en defensora contra cualquier tipo de práctica de gestación subrogada

8 Hurtado Oliver, Xavier, *El derecho a la vida ¿y a la muerte? Procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia, suicidio asistido y aborto, problemas éticos, legales y religiosos*, 3a. ed., México, Porrúa, 2008, p. 6, citado por Pérez Fuentes, Gisela María y Cantoral Domínguez, Karla, *La maternidad subrogada*, México, Tirant lo Blanch, 2017, p. 84.

9 Lema Añón, Carlos, *Reproducción, poder y derecho*, España, Ed. Trotta, 1999, p.136.

filiación paterna o materna .

III. PARTES INVOLUCRADAS EN LA MATERNIDAD SUBROGADA

Como mencionamos anteriormente la maternidad subrogada plantea un nuevo sentido a la filiación, que revoluciona los principios sentados por la tradición jurídica, especialmente por la contradicción del principio de presunción de maternidad por excelencia “*mater semper certa est*”. No se limita a una paternidad cromosómica, las madres contratantes, en un acuerdo de subrogación, se describen a sí mismas como las madres reales, por otra parte, la madre sustituta no se considera a sí misma la madre real, incluso cuando legal, biológica (gestacional) y genéticamente lo es.

Por lo que, en términos más precisos, podemos considerar que las partes involucradas en el proceso de la subrogación son:

- La pareja o la persona que desea tener un hijo, al que podemos denominar contratante.
- La mujer que está dispuesta a prestar su útero para llevar a cabo el embarazo, a la cual la podemos denominar como la madre sustituta, y su posición dentro de la filiación dependerá si tan solo es portadora o donadora del material genético
- En caso de ser necesario, un tercero, ajeno a los contratantes, que aporta sus gametos.

La posición de cada uno de los sujetos involucrados en este proceso, viene definido en el llamado contrato de subrogación, considerado uno de los factores más controversiales principalmente por lo que podría considerarse como el objeto del contrato, y que a las luces de la teoría del acto jurídico generaría una inexistencia del mismo. Este elemento, se viene a sumar a la serie de planteamientos éticos y jurídicos que la figura genera.

IV. MODALIDADES DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

La maternidad subrogada puede clasificarse desde diversos criterios,

e insistimos que esos factores son los que le imprimen complejidad a esta figura, por ejemplo en atención a los sujetos que aportan el material genético esta técnica puede llegar a tener la participación de hasta cinco personas; podemos estar en el caso de que la pareja solicitante aporte el material genético y la madre sustituta sea tan solo portadora para el proceso de la gestación, es decir una subrogación parcial, o puede darse el supuesto de que si la mujer solicitante por alguna razón no puede aportar sus óvulos, la mujer contratada aporte sus óvulos para ser inseminada con el esperma de la pareja de la mujer contratante o encargante o más complejo aún con el esperma de una persona ajena a los solicitantes, es decir una subrogación total, o el caso más extremo en donde el material genético es aportado por un óvulo y un espermatozoide de terceras personas, fecundado *in vitro* e implantado en el útero de la mujer contratada solo como madre portadora, teniendo la intervención de cinco personas diferentes que biológica y jurídicamente fincan lazos y derechos de filiación hacia el menor en gestación y a su vez el menor en su momento, estará en la posición de defender el derecho a conocer sus orígenes, es un menor que tiene padres legales, otros padres biológicos y una madre gestante.

Otra modalidad que se puede presentar para clasificar a esta figura, es atendiendo a la posible compensación económica que se le puede dar o no a la portadora y que ha sido uno de los factores más controversiales que giran alrededor de la subrogación por toda la serie de implicaciones que el factor económico genera, por lo que puede ser comercial o altruista.¹⁰

V. LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL MARCO NORMATIVO MEXICANO

El contexto normativo en México con respecto al tema de la reproducción humana asistida es aún incipiente¹¹ y lo poco disgregado

¹⁰ Pérez Carbajal y Campuzano, Pérez Carbajal y Campuzano, Hilda, y Rodríguez Diana, *Técnicas de reproducción humana asistida*, México, Ed. Porrúa, 2015, p. 45.

¹¹ Un claro ejemplo es que en el año 2016 se dió en México el nacimiento del primer bebé en el mundo a través de la técnica de transferencia mitocondrial, en la cual se utiliza el ADN de tres personas, los padres y un ajeno, dicha técnica se realiza con la intención de evitar la transmisión de enfermedades mitocondriales de los padres. El Mundo, *Nace el primer bebé del mundo con la técnica del ADN de tres padres*, <https://bit.ly/2cz3T9o> (16 de septiembre de 2018). Es una técnica muy controversial que solo está permitida en el Reino Unido, es por ello

en la Ley General de Salud y sus reglamentos ha sido rebasado por los avances tecnológicos que inciden directamente al ámbito de la reproducción artificial y que ha generado un importante y lucroso nicho de mercado para las clínicas dedicadas a estos servicios, que operan al amparo del principio “lo que no se encuentra jurídicamente prohibido, está jurídicamente permitido”.

En el caso de la maternidad subrogada, como mencionamos líneas atrás, de los 32 estados de la república únicamente 2 estados la permiten: Tabasco y Sinaloa, 3 la prohíben expresamente: Querétaro, Coahuila y San Luis Potosí y el resto de las entidades federativas no se pronuncian ni a favor ni en contra. Dichas omisiones normativas nos permiten constatar la reserva que se tiene para abordar y legislar la figura por los alcances y las implicaciones éticas y jurídicas.

En cuanto a los estados que la permiten está Tabasco, primer estado que reguló en su código civil la maternidad subrogada y que se presenta como un referente cuando se habla del tema en virtud de que ha sido el centro de múltiples controversias generadas por los “incumplimientos” de los llamados contratos de subrogación, lo que ha llevado a documentar diversos casos de evidentes violaciones a los derechos humanos de las personas involucradas, sobre todo la madre gestante y el bebé concebido.

El Código Civil de Tabasco es uno de los que mayor cobertura legal tienen con respecto al tema de la libertad reproductiva, reproducción asistida y sus efectos en las instituciones del derecho civil y de familia, pero sobretodo en el aspecto de la maternidad subrogada, la cual introdujo en su normativa en el año de 1997 y posteriormente mediante una reforma en el 2016 creó el Capítulo VI Bis, denominado “De la gestación asistida y subrogada”, es importante mencionar que dicha reforma se originó principalmente, según la opinión de la investigadora tabasqueña Dra. Cantoral Domínguez por “una falta de sistematicidad que provoca una dispersión legislativa, lo que denota una auténtica falta de técnica legislativa”,¹² en virtud de que dentro del mismo código las disposiciones normativas relativas al tema y en el caso particular de la maternidad subrogada se encontraban dispersas en diferentes capítulos, lo que originó diversas problemáticas

que la clínica estadounidense que la aplicó a una pareja de origen jordano eligió el país en virtud de que no existe una regulación que la prohíba.

12 Cantoral Domínguez, Karla, *Maternidad subrogada en el derecho comparado*, citado por Pérez Fuentes, Op. cit., p. 112.

relacionadas con el incumplimiento de cláusulas en los contratos de gestación, crecimiento exponencial del turismo reproductivo y por ende la violación de Derechos Humanos de las partes involucradas. La reforma incluyó la incorporación de los artículos del 380 Bis al 380 Bis 7 y entre las principales disposiciones destacan:

a. La introducción formal de la definición de la figura de la gestación por contrato como aquella que “se efectuará a través de la práctica médica, mediante la cual una mujer gesta el producto fecundado por los padres contratantes, cuando la madre pactante padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero.”¹³; sus modalidades: subrogada, cuando el óvulo lo aporta la mujer inseminada y sustituta, cuando únicamente es portadora.¹⁴Es importante destacar, que a diferencia del Código de Familia de Sinaloa, que se citará en próximos párrafos, Tabasco no contiene en su codificación civil un pronunciamiento en cuanto a la gratuidad o a la onerosidad en los contratos de gestación, hecho que derivó que en el 2016 el Titular de la Procuraduría General de la República promoviera una acción de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia, la cual aún se encuentra pendiente de resolver.¹⁵

b. Se establecen los requisitos físicos, psicológicos y emocionales de idoneidad para el perfil de la mujer gestante, la intervención de la Secretaría de Salud como la autoridad certificadora de dicha idoneidad, la obligación de las clínicas y centros de reproducción humana de contar con la debida licencia sanitaria y contar con personal certificado, así como de los notarios públicos y clínicas de reproducción asistida de notificar a la secretaria de Salud y al Registro Civil de los nacimientos de los menores bajo esta técnica.¹⁶

c. Entre las disposiciones más relevantes contenidas en el artículo 308 Bis 3, son las condiciones bajo las cuales se realizará la contratación, en la que cabe destacar lo que a la letra dice:

13 Código Civil de Tabasco, art. 308 Bis 1

14 *Ídem*, art. 308 Bis 2

15 Acción de inconstitucionalidad número 16/2016, turnada para resolución a la Ministra Norma Lucía Piña Hernández, en razón de los artículos 380 Bis, párrafo tercero, 380 Bis, párrafo cuarto, quinto y sexto del Código Civil de Tabasco relativos a la forma y requisitos para el otorgamiento de células germinales y la omisión legislativa al no considerar el criterio económico.

16 Código Civil de Tabasco, art. 308 Bis 3

La voluntad que manifiesten las partes para la realización del contrato de gestación deberá constar de manera indubitable y expresa. Los derechos y obligaciones que de él emanen son personalísimos, no habiendo lugar a la representación legal; no obstante, las partes podrán ser asesoradas por sus abogados, si así lo requieren. El contrato de gestación lo firmarán la madre y el padre contratantes con la gestante y, si fuera el caso, su cónyuge o concubino, así como un intérprete, de ser necesario, debiendo quedar asentados el lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento. El contrato deberá ser firmado ante notario público, quien estará obligado a exigir de los contratantes la presentación del dictamen médico que demuestre el cumplimiento de los requisitos y condiciones señalados en los párrafos primero a cuarto de este artículo.

d. Se regulan las condiciones para la celebración, validez y las consecuencias derivadas de la nulidad del contrato de gestación, resaltando por la relevancia que tiene para el tema en cuanto a las controversias que se suscitan las fracciones III y IV del 380 Bis 4 relativas a la nulidad del contrato: III. Se establezcan compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del niño y la dignidad humana y IV. Intervengan agencias, despachos o terceras personas¹⁷: Asimismo, el 380 Bis 5 establece los requisitos que obligatoriamente deberán de cumplir las partes previo a la firma del contrato, la competencia de la Secretaría de Salud, Notario Público y la intervención de la autoridad judicial quien a través de un procedimiento judicial no contencioso valida el contrato y reconoce el vínculo entre los contratantes y el bebé en camino, recibiendo la renuncia a cualquier derecho de parentesco de la gestante con el recién nacido.¹⁸

e. Finalmente, el artículo 380 Bis 7, es el relativo a las responsabilidades tanto civiles como penales que se pueden derivar de la invalidez del contrato de gestación por diversas causas, así como la obligación de contratar la póliza de seguro de gastos médicos con cobertura prenatal y postnatal, de la misma manera regula la responsabilidad del notario

17 El solo hecho de hablar de concertar vía contrato la gestación del menor, pactar contraprestación y condiciones de cumplimiento nos refiere un sentido estar cosificando y mercantilizando al ser humano, lo que suena contradictorio al considerarlo como causa de nulidad del contrato.

18 Código Civil de Tabasco, art. 308 Bis 4 y Bis 5

que incurra en la falta de cumplimiento de los requisitos descritos en dicho capítulo de la ley.

Como se puede observar el código civil de Tabasco es un código avanzado en el tema de la regulación de la reproducción humana asistida y la creación de un marco normativo para la gestación subrogada, en un intento de dar respuesta al fenómeno que desde su creación en Tabasco ha ocasionado; a pesar de ello sigue siendo un tema polémico y discutido desde muy diversas posturas; una ley con disposiciones que por momentos rebasan su ámbito de competencia y que son el reflejo del efecto del vacío legal que se tiene con respecto al tema.

El segundo estado de la república que permite la maternidad subrogada es el Código de Familia de Sinaloa , dentro del Título VIII relativo a la filiación, dedica un capítulo a regular el tema titulado “Reproducción Humana Asistida y Gestación Subrogada”, definiendo la figura, requisitos y sus modalidades. Entre las disposiciones normativas destacan los siguientes elementos:

a. La definición de la figura de la maternidad subrogada o maternidad sustituta, en su artículo 283 a la que define como :

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

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

b. Las modalidades de la subrogación en razón a la participación genética de la mujer: total cuando la mujer gestante aporta su óvulo y parcial cuando la mujer únicamente es portadora; y en razón de la modalidad del acuerdo de las partes establece una distinción en cuanto a recibir o no contraprestación, estableciendo una subrogación “onerosa” que según dispone el artículo 284: “cuando una mujer acepta

embarazarse en lugar de otra, tal y como si se tratase de un servicio, por el cual se paga una cantidad cierta y determinada, además de los gastos de la gestación, y la altruista en la que existe gratuidad.” Dos elementos establecidos expresamente en la noma se destacan, la onerosidad y el concepto de equiparar a la prestación de un servicio, por atentar en contra de la dignidad humana y fortalecer una idea cosificadora y mercantilista de la maternidad que favorece su práctica lucrativa, además de que el código de inicio no considera dentro del proceso de contratación el contar con un seguro de gastos médicos que cubra las contingencias que pueden presentarse, antes, durante o después de la gestación; se contempla que podrá darse posteriormente: “Puede la mujer gestante, demandar civilmente a la madre y al padre subrogados, el pago de gastos médicos, en caso de patologías que deriven de una inadecuada atención y control médico prenatal y postnatal”¹⁹ Si se considera el contexto social de las mujeres que se someten a la maternidad subrogada, son mujeres de escasos recursos y de una condición social marginada, que evidentemente no cuentan con los medios económicos para afrontar el pago de los costos que amerita un litigio derivado de una demanda.

c. Los numerales 287 y 288, regulan lo relativo a las formalidades que deben de cumplir los contratos de gestación subrogada; en este punto es de especial llamada de atención la fracción III del artículo 288: “se establezcan compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del niño y la dignidad humana”, el solo hecho de considerar la modalidad onerosa equiparable a la prestación de un servicio genera una incongruencia de sentido en el significado amplio de lo que la ley permite como objeto de un contrato, ya que no se puede lucrar con el cuerpo humano ya que jurídicamente es indisponible y atenta en contra de la dignidad humana.

d. Se regula la obligación del personal médico en cuanto al derecho de información del paciente y los solicitantes y su obligación de apearse a los requisitos que exige la ley; y en la misma línea que el código de Tabasco establece los requisitos que deben de cumplir las partes, en cuanto a la acreditación de su salud física y psicológica, así como los requisitos jurídicos para la validez del contrato.²⁰

19 Código de Familia de Sinaloa, art. 296

20 Ídem, Art. 289, 290, 291 y 292

d. En el artículo 294, se establecen los requisitos para la expedición de las actas de nacimiento, y los subsecuentes 295, 296 y 297 estipulan los efectos de la declaración de nulidad del contrato de gestación y la procedencia de la demanda por responsabilidad civil y en su caso penal de las partes involucradas.

VI. CONTROVERSIAS EN TORNO A LA MATERNIDAD SUBROGADA

La maternidad subrogada es en sí misma, desde la connotación del término, una figura sumamente controversial y de alcances multifactoriales que entrelaza una diversidad de intereses que ponen en tela de juicio no solo la validez normativa de la misma, sino los alcances de sus efectos en cuanto a los derechos fundamentales de los sujetos involucrados.

Como punto de partida para el análisis de los factores de imprimen controversia al tema se tiene el llamado “contrato de maternidad subrogada”, ya que de inicio colocar en un supuesto de contratación significa en amplitud de sentido el acuerdo y la negociación de las partes en cuanto a un objeto definido y de naturaleza económica, llevando este elemento al supuesto de la maternidad subrogada tenemos el tema más controversial en cuanto a la contratación que es el objeto mismo del contrato, que analizado a la luz de la teoría clásica del acto jurídico sería ilícito ya que en el contrato de maternidad subrogada el cumplimiento de la obligación objeto del contrato es la entrega del bebé gestado, lo que podría encuadrar en un supuesto de tráfico de personas o comercio de órganos, sancionados por las leyes competentes, Silvana María Chipero, citada por Karla Cantoral Domínguez, menciona que tanto la subrogación total como la parcial el contrato es ilícito, por estar en contra de la moralidad y las buenas costumbres y en el caso de la subrogación parcial donde el material genético es de la madre portadora dice que “sería igual que la venta de un hijo futuro...por lo tanto las dos modalidades de maternidad subrogada constituyen contratos manifiestamente ilícitos y por ello afectados de nulidad absoluta y deberían de ser considerados nulos.”²¹

21 Pérez Fuentes y Cantoral Domínguez, op. cit., pp. 88-89.

En el mismo sentido y como parte de los elementos de todo contrato, se presenta el pacto de una contraprestación, es decir, el factor económico inmerso en el contrato es la entrega de una “contraprestación”, el Código de Familia de Sinaloa, por ejemplo, considera expresamente la modalidad “altruista”, factor que resulta poco probable ante el panorama actual de los contratos de maternidad subrogada, en donde el común denominador es que las mujeres que deciden participar en un contrato de subrogación como madres gestantes provienen de contextos de pobreza y con necesidad económica lo que genera una situación de extrema vulnerabilidad.

En el ejercicio de esta práctica convergen los intereses de todos aquéllos que buscan obtener una ganancia ante el panorama de vulnerabilidad de los sujetos involucrados. Agencias de intermediación o clínicas de fertilidad funcionan como punto de encuentro entre dos partes que tienen una necesidad latente, los encargantes o solicitantes que acuden por la ilusión de formar una familia y que muy probablemente la subrogación es su última opción porque técnicamente han agotado toda posibilidad y la mujer que se presta como gestante que ante su necesidad económica acepta la contratación, podríamos denominar que se trata de una especie de “juego de intereses.”

Centrando la discusión en el Interés Superior del Menor, éste se presenta como el punto de mayor controversia cuando se toca el tema de los efectos y los derechos involucrados en la maternidad subrogada, ya que dentro de este proceso tan complejo todos los agentes involucrados tienen un objetivo, pero el sujeto más vulnerable, después de la madre gestante, por ser la parte más débil debido a su condición es el *nasciturus* que se encuentra en proceso de gestación y que en atención a su interés superior demanda ser protegido.

El marco regulatorio de los derechos de los menores establecida en la Convención sobre los Derechos del Niño, los Códigos civiles y familiares, así como Suprema Corte de Justicia de la Nación, como la máxima autoridad judicial, ha reconocido la relevancia de su protección y así lo ha establecido: “implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.”²²

22 “INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. 1, diciembre de 2012, tesis 1a./J.25/2012 (9a.), p. 334.

Por citar un ejemplo, el artículo 7 de la citada Convención sobre los Derechos del Niño establece el derecho del menor a ser inscrito inmediatamente ante la autoridad que corresponda para tener un nombre y una nacionalidad, con respecto a este punto resulta relevante hacer mención del problema ocurrido en el estado de Tabasco, cuando después de la reforma en materia de maternidad subrogada en el 2016 que restringía el uso de dicha técnica a parejas de origen mexicano,²³ quedando en el limbo jurídico todos aquéllos menores que fueron gestados antes de la reforma pero que nacieron en fecha posterior a la reforma, ya que la autoridad alegaba que se encontraban fuera de la ley por tratarse de extranjeros, dando una aplicación retroactiva a dicha ley y dejando en estado de indefensión a los menores y del caso registrado en Yucatán en donde el registro civil se negaba a inscribir al menor, hijo de una pareja del mismo sexo, con el argumento de que el acto registral no estaba previsto en la ley, el caso ya fue resuelto por la Suprema Corte y se ordenó la inscripción del menor con el apellido de sus padres.²⁴

Otro aspecto que cuestiona y replantea los alcances no sólo de la maternidad subrogada sino de cualquier técnica de reproducción asistida de naturaleza heteróloga,²⁵ es el derecho del menor a conocer su origen, su verdad biológica y así garantizar su derecho a la identidad, derecho que entra en coalición cuando lo analizamos desde la perspectiva del donante en cuanto al respeto a su intimidad y a mantener la confidencialidad, factor determinante cuando alguien interviene en un proceso de donación de óvulos o espermatozoides.

La maternidad subrogada como una técnica de reproducción asistida viene de la mano con el ejercicio de los derechos reproductivos y con el derecho que tenemos todos de formar una familia, así como el derecho de acceder a los avances de la ciencia cuando las condiciones físicas o de salud impiden el logro de dicho objetivo; sin embargo la realidad bajo la cual se está desarrollando la gestación subrogada nos

23 Esta reforma tiene amplio sentido, toda vez que el estado del Tabasco al ser uno de los dos estados que permite esta técnica se estaba convirtiendo en el destino elegido por todas aquéllas personas, nacionales y extranjeras, que quisieran concebir por medio de estas técnicas, sucintando el fenómeno que denominaron una especie de “turismo reproductivo” situación que aprovecharon las agencias intermediarias para obtener lucros excesivos aprovechando la vulnerabilidad de quienes aceptaban participar en el contrato.

24 Amparo en revisión 553/2018, Ponente Ministro José Ramón Cossío Díaz. En <https://bit.ly/2OHRRB6> (16 de diciembre de 2018)

25 La inseminación heteróloga es cuando se utilizan óvulos o espermatozoides de una persona ajena a la pareja.

obliga a repensar la necesidad de definir sus alcances, conflictos como el efecto del incumplimiento del contrato, o que por alguna razón el bebé nazca con alguna discapacidad y de esta manera ya las “cláusulas” de lo pactado no surtan sus efectos o el hecho de que una de las partes, generalmente la madre gestante, al momento decida no “cumplir” con el “objeto” del contrato, y en el centro de este conflicto se encuentra el menor, como bien cita Baudouin, J.L. “resulta desagradable pensar que la vinculación de un niño a una o ambas familias se efectúa a través de una serie de artificios cuyo resultado depende la buena voluntad de las partes intervinientes.”²⁶

VII. CONCLUSIONES

La maternidad subrogada se nos presenta como un tema que se podría llamar “frontera”, con un profundo “paralelismo”, en una línea está la realidad del avance de la tecnología, la posibilidad que ésta trae para propiciar los medios para conseguir la procreación cuando por medios naturales o por condiciones médicas la maternidad no se puede lograr, y el ejercicio pleno de los derechos reproductivos reconocidos a nivel constitucional y en tratados internacionales, pero en la línea paralela, están todos los intereses en juego, la “cosificación” de los seres humanos, la instrumentalización del cuerpo humano, la injerencia de intereses económicos que vulneran la dignidad. Estos alcances escapan de la norma, por ejemplo, ¿cómo van a poder controlar las normas el componente “altruista”, que se establece en el Código de Familia del estado de Sinaloa?, cuando en la realidad son pocos los casos en donde un familiar o algún amigo muy cercano decide someterse a este procedimiento sin recibir nada a cambio, y es que este tema también lleva implicado un tema de justicia, en donde sólo quien tiene la capacidad adquisitiva puede costearlo y generalmente las mujeres ven condicionada su elección por necesidades económicas, lo que ocasiona como ya hemos mencionado en reiteradas ocasiones, una “mercantilización de la gestación” ya que genera la posibilidad de explotación de mujeres de menores recursos; a este respecto podríamos tomar como referencia el caso de la India, que si bien existe una regulación con respecto al tema, se han creado centros para la explotación de la maternidad subrogada, donde las mujeres son ingresadas bajo la vigilancia de su

²⁶ Baudouin, J.L. y Labrusse-Riou, C., *Produire l'homme: de quel droit?*, París, PUF, p. 128, citado por Andorno, *Bioética y dignidad de la persona*, Madrid Ed. Tecnos, 2012.

salud y alimentación durante el tiempo de la gestación, la práctica se ha convertido en una especie de “industria de la procreación” donde los principales beneficiadas son las agencias intermediarias; y el caso de Tabasco, en donde la figura es reconocida por la ley, pero a pesar de ello, se han documentado constantes casos de mujeres que son engañadas y abandonadas por ejemplo cuando las “condiciones del contrato” no son cumplidas o las circunstancias de los contratantes cambian.²⁷ Es muy sonado el caso de Jaycee Louise Buzzanca, una niña nacida en Estados Unidos producto de un procedimiento de maternidad subrogada a través de inseminación heteróloga y que al final fue declarada huérfana, o el caso de un embarazo gemelar ocurrido en Tailandia por encargo de una pareja australiana.²⁸ Estos casos ponen en evidencia que la figura de la maternidad subrogada va en razón de satisfacer los intereses de quienes “encargan” el “servicio”, tratando al menor como un producto comercial que debe de cumplir estándares de calidad.

El ejercicio de los derechos reproductivos, permite a la persona decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y a disponer de la información y de los medios para ello, los avances tecnológicos en materia de técnicas de reproducción en tiempos donde los problemas de infertilidad van en aumento han sido una gran herramienta para que personas que padecen imposibilidades para concebir lo hayan podido lograr, ese es el objetivo de la ciencia,

27 El Grupo de Información de Reproducción Elegida (GIRE), realizó en el 2017 un informe detallado titulado *Gestación subrogada en México. Resultados de una mala regulación*. En dicho informe se presenta un análisis detallado de la problemática de la maternidad subrogada en México ante la deficiente regulación, y se centra en el caso del estado de Tabasco, en el que relata diversos casos de mujeres y de menores que por diversas circunstancias ha resultado afectados, <https://bit.ly/2vAoiYo> (14 de noviembre de 2018).

28 El caso de la menor Jaycee Louise Buzzanca, ocurrido en California, concebida en un útero subrogado con gametos de donantes anónimos porque sus padres eran estériles. Durante el proceso la pareja se separó y Jaycee nació en 1995, cuando sus padres no vivían juntos. La mujer que la concibió pidió la custodia, pero luego se arrepintió. Jaycee fue declarada huérfana por un juez, a pesar de que, en alguna forma, había tenido cinco padres: los padres que contrataron el procedimiento, los donantes y la mujer que la había llevado en su vientre durante nueve meses. Y el caso sucedido en Tailandia de una pareja australiana que mediante maternidad subrogada se logró un embarazo gemelar, tras las pruebas genéticas uno de los bebés se le diagnosticó con síndrome de Down, la pareja encargante le pidió a la madre gestante abortar a bebé afectado, pero la madre se negó, al final nacieron los dos bebés y los padres encargantes se quedaron con el bebé que había nacido sin síndrome de Down y la madre gestante asumió la responsabilidad del cuidado del menor nacido con síndrome de Down y con una afectación cardíaca. BBC News, *Pareja australiana abandona bebé con síndrome de Down de madre subrogada*, <https://bbc.in/2JZ9nLx> (14 de noviembre de 2018).

aportar con sus avances y progresos posibilidades para mejorar la calidad de vida de las personas y lograr vencer circunstancias que por condiciones médicas o físicas lo hacían imposible. La pregunta que se pone sobre la mesa es hasta dónde llega el límite en el ejercicio pleno de esos derechos, y en el caso de la maternidad subrogada, ¿es posible que el ejercicio de los derechos reproductivos se legitime a través de instrumentos privados como un contrato de gestación subrogada, cuando el objeto mismo de dicho contrato conlleva el hecho de declarar una inexistencia del mismo?

En un ejercicio de ponderación de derechos, tendríamos que priorizar los derechos del *nasciturus*, sin embargo tenemos que observar el ejercicio de los derechos reproductivos y el derechos de las personas de allegarse de los avances tecnológicos para mejorar su calidad de vida, por ello la maternidad subrogada como producto de estos avances tecnológicos es una opción que la ciencia otorga a quienes por imposibilidades físicas o condiciones médicas no puedes concebir, pero lo prioritario es la protección de los derechos de las partes, sobre todo del menor, que por su alcance no podemos dejar al arbitrio de un acuerdo de voluntades en el ámbito privado, que si bien es validada por la autoridad judicial, seguimos en el ámbito de una negociación contractual.

Es necesaria la creación de un marco jurídico que regule el uso de las técnicas de reproducción asistida y entre ellas a la maternidad subrogada, la Ley General de Salud y sus respectivos reglamentos resultan ya insuficientes ante la realidad actual en virtud de que no prevé las condiciones necesarias para su aplicación sobre la base del respeto a la persona y a la dignidad humana, de la simple lectura de su artículo tercero que describe los ámbitos competenciales de la ley, se observa que no están consideradas las técnicas de reproducción asistida, siendo un tema de salud pública y aplicadas en los centros hospitalarios públicos.

La maternidad subrogada, por todas sus implicaciones se nos presenta como una técnica de especial atención por parte de la norma, es como sostiene la Dra. Pérez Fuentes en su obra *Maternidad Subrogada* “un hecho jurídico complejo”:

La maternidad es un hecho jurídico complejo que debe de ser amparado por el derecho a través de un acto jurídico normativo y no por cualquier manifestación contractual [...] corresponde al Estado al igual que en la adopción o en la tutela y hasta en el mismo matrimonio, fijar las normas a seguir por los interesados en formalizar este tipo de actividad, más por la vinculación directa con el fruto final de la actividad que es la de un ser humano.²⁹

Es la complejidad de dicha técnica y de todas las que actualmente se practican en el ámbito médico que hace necesaria la expedición de una Ley General de Técnicas de Reproducción Asistida, la cual ya ha sido propuesta desde el 2017³⁰, pero como muchas otras iniciativas relacionadas con la materia han quedado pendientes en la agenda legislativa ; en dicha iniciativa se recoge lo propuesto por la doctrina al proponer regular la maternidad subrogada bajo las condiciones de altruismo y como un “Acto jurídico normativo” que sólo será posible de forma excepcional por razones médicas o personales en aquellos casos en los que exista ausencia de útero, alguna lesión o enfermedad que impida llevar a término el embarazo o por infertilidad y/o esterilidad que estén debidamente justificadas, reivindica el papel del Comité Hospitalario de Bioética para supervisar y en su caso autorizar la aplicación de la técnica, el material genético que se utilizará para la técnica deberá de provenir de la pareja solicitante, propone la prohibición del uso de material genético de la gestante o de persona ajena a la pareja a la solicitante y le da entrada a la Comisión Nacional de Bioética (CONBIOETICA) para llevar el registro de los procedimientos realizados, de la mujer, el bebé y los beneficiarios.

La creación de una normatividad especial en relación a la maternidad subrogada, sentará las bases para regular una práctica que se está dando en la actualidad en México, pero siempre empañada de polémicas éticas y morales, por el hecho de mediarse a través de la firma de un contrato, lo que ha generado una mercantilización del cuerpo humano equiparable a una explotación humana, por ello que es necesario crear todo un marco jurídico que se ocupe de regular la operatividad de la práctica científica,

²⁹ Pérez Fuentes, *op. cit.*, p. 136.

³⁰ Iniciativa con proyecto de decreto que reforma el artículo 73 de la constitución política de los estados unidos mexicanos y expide la Ley General de Técnicas de Reproducción Asistida. <https://bit.ly/2sFQCd1> (11 de diciembre de 2018).

pero basados en una reflexión jurídica, ética, filosófica y antropológica, con una visión desde lo humano, que reciba al progreso y a los avances tecnológicos como un medio para mejorar las condiciones de la vida y que nos permita crear un puente entre la ciencia y el derecho para responder a las necesidades de la sociedad ante el embate del progreso científico.

VIII. FUENTES DE INFORMACIÓN

- ANDORNO, Roberto, *Bioética y dignidad de la persona*, Madrid, Ed. Tecnos, 2012.
- BBC NEWS, *Pareja australiana abandona bebé con síndrome de Down de madre subrogada*, <https://bbc.in/2JZ9nLx>
- CÁMARA DE DIPUTADOS DEL CONGRESO DE LA UNIÓN, México, <https://bit.ly/2PwdrdT>
- CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE TABASCO, *Diario Oficial del Estado*, 17 de enero de 2016.
- CÓDIGO FAMILIAR DEL ESTADO DE SINALOA, *Periódico Oficial*, 21 de febrero de 2018.
- CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE NIÑO, *Diario Oficial de la Federación*, 21 de septiembre de 1990.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Buscador de Jurisprudencia*, San José, Costa Rica, <http://bit.ly/2bBDxrt>.
- COMISIÓN FEDERAL PARA LA PROTECCIÓN CONTRA RIESGOS SANITARIOS (COFEPRIS) <https://bit.ly/37K9fN5>
- EL MUNDO, *Europa avala que Italia retire la custodia de un niño nacido por vientre de alquiler a sus padres*, <https://bit.ly/2koAk2C>
- EL UNIVERSAL, *La reproducción asistida ocupa el tercer lugar en turismo médico en México*, <https://bit.ly/2qUnQ4h>
- GRUPO DE INFORMACIÓN EN REPRODUCCIÓN ELEGIDA, *Informe sobre reproducción asistida*, <https://bit.ly/2puUNmV>,
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA, <https://bit.ly/1kSHSEG>
- LEMA AÑÓN, Carlos, *Reproducción, poder y derecho*, España, Ed. Trotta, 1999.

PÉREZ CARBAJAL Y CAMPUZANO, Hilda, y RODRÍGUEZ Diana, *Técnicas de reproducción humana asistida*, México, Ed. Porrúa, 2015.

PÉREZ FUENTES, Gisela María y CANTORAL DOMÍNGUEZ, Karla, *La maternidad subrogada*, México, Tirant lo Blanch, 2017.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Semanario Judicial de la Federación*, México, <http://bit.ly/2rBCP5s>.

Recepción: 18-01-2019/ Dictamen: 13-02-2019