

La maternidad subrogada. Anomias y antinomias en la legislación mexicana¹

Surrogate motherhood. Anomies and antinomies in Mexican legislation

Víctor Amaury Simental Franco²

Carlos Ortega Laurel³

Resumen

Los avances científicos permiten que personas sin posibilidades fisiológicas para tener descendencia, actualmente lo puedan realizar a través de terceras personas que subroguen algún elemento en el periodo prenatal. Esto tiene un enorme impacto en la legislación aplicable, lo cual conlleva la existencia de anomias y antinomias que, llevadas al terreno real, pueden ser altamente complejas de resolver. Para comprensión del contexto, se ofrece un panorama lo suficientemente amplio para entender los extremos de esta situación que trasciende a la normatividad vigente en México. Y se exploran los conflictos jurídicos, prácticos y éticos derivados de la maternidad subrogada, sin que sea factible en lo inmediato, tener una conclusión general.

Palabras clave: maternidad, maternidad subrogada, maternidad gestante, anomias, antinomias.

Abstract

Scientific advances allow people without physiological possibilities to have offspring, now they can do it through third parties that facilitate their body to carry out the process of gestation of a baby. This advances has a huge impact on the applicable legislation, which entails the existence of anomies and antinomies that, taken to the real ground, can be highly complex to solve. It offers a panorama

¹ Artículo de investigación postulado el 26-04-2020 y aceptado para publicación el 18-05-2022

² Profesor Investigador en la Universidad del Valle de México, campus San Ángel, CDMX, México. Contacto: simental_franco@yahoo.com.mx; <https://orcid.org/0000-0001-8720-9787>

³ Profesor Investigador en la Universidad Autónoma Metropolitana (UAM), Unidad Lerma, México. Contacto: c.ortega@correo.ler.uam.mx; <https://orcid.org/0000-0001-6072-8480>

broad enough to understand the extremes of this situation that transcends the current regulations in Mexico. In addition, the legal, practical and ethical conflicts derived from surrogate motherhood are explored, without it being immediately feasible to have a general conclusion.

Keywords: maternity, surrogate motherhood, pregnant motherhood, anomies, antinomies.

SUMARIO

Introducción | Marco teórico y conceptual | Maternidad subrogada o gestación por sustitución. | Situaciones específicas como supuestos de problema ante la maternidad subrogada | Legislación vigente en México respecto a la maternidad subrogada | Desarrollo | Anomias y antinomias en la legislación sobre maternidad subrogada | Anomias | Antinomias | Síntesis conclusiva | Bibliografía

INTRODUCCIÓN.

La ciencia aplicada ha tenido un avance sin precedentes en los últimos 100 años, más aún en los más recientes 20, sin que exista algún escenario social que esté inmune a los cambios generados por este devenir científico y tecnológico; todas las disciplinas humanas han sido objeto de un rediseño constante; por supuesto, el ámbito de las ciencias jurídicas también ha sido materia de evolución para absorber y normar sobre estos notorios cambios. Así tenemos que la llegada del cómputo y de la hiperconectividad (fundamentalmente a través de la red de redes: Internet), han dado pie a la investigación, desarrollo e innovación en materia de biotecnología, que entre sus diversas aportaciones significativas está la irrupción en cuanto a organismos genéticamente modificados, clonación, fecundación, por mencionar algunas aplicaciones, que son muestra palpable de los escenarios a los que el derecho ha tenido que hacer frente con legislaciones, dentro del marco jurídico, que estén a la altura de la ciencia de vanguardia de hoy día. Lo anterior sin menoscabo de las propias “invenciones” jurídicas, y es que, existen notables avances en el reconocimiento de las diferencias sociales y los correlativos derechos humanos de las minorías, la limitación al poder público, el

surgimiento de nuevos empoderamientos, la introducción de sistemas jurídicos coexistentes, entre otras muchas cuestiones, lo cual, también ha hecho mucho más compleja la aplicación del Derecho a los casos concretos.

Sin embargo, a pesar de tantos cambios, derivados como ya se dijo de una ciencia que aporta invenciones diversas en las que ya no se concibe límites, la estructura social aún requiere elementos que en el marco de las invenciones que modifiquen lo hasta hoy conocido y establecido, continúen manteniendo la cohesión. De lo anterior que para el caso de la aportación biotecnológica de la “fecundación”, se encuentre que el elemento cohesionador es el concepto de la familia, y ésta, como es de comprensión amplia, tiene como uno de sus ejes originarios a la filiación, misma que apareja con la maternidad, ya que la causa más notoria de la filiación es legítimamente la maternidad⁴.

Toda vez que los problemas jurídicos de fondo, derivados de la maternidad subrogada son de interés y fueron puestos en discusión a través de la jurisprudencia (Collado, 2016). Ahora, el problema jurídico al cual nos abocamos como tema estudio es el relativo a las anomias y antinomias que existen en la legislación mexicana en torno al concepto de la maternidad subrogada. Es evidente que las anomias y, en su caso, las antinomias pueden ser no sólo causa (es decir el problema en sí), sino efecto, y por tanto, responder a un problema previo; con esto se quiere decir que no se pretende ser exhaustivo en la problemática concerniente a la maternidad subrogada, quedan totalmente ajenos a nuestra labor, temas como que “la gestante sustituta representa una fase del trabajo reproductivo; noción asociada, en gran medida, a la fuerza de trabajo y el cuerpo femeninos”⁵ ; otra cuestión sería la relativa a la comprensión o

⁴ Rojina Villegas, Rafael, *Derecho civil mexicano, Derecho de familia*, Porrúa, 1980 p.600.

⁵ Olavarría, María Eugenia, “La gestante sustituta en México y la noción de trabajo reproductivo”, *Revista Interdisciplinaria de Estudios de Género de El Colegio de México*, 2018, volumen 4, pp. 1-31.

inteligibilidad a través de la cual pueden comprenderse algunas de las limitaciones de la legislación en este ámbito, y que es representativo tanto de pensamientos (ideología) conservadora o liberal (así como de los extremos que pueden darse en ambos sentidos)⁶.

Es una realidad que, la ciencia biotecnológica ha facilitado procedimientos de fecundación asistidos, distintos de la reproducción convencional, así como técnicas para el desarrollo del nuevo ser humano en el seno materno. Así actualmente una mujer puede “concebir” un hijo, sin que éste tenga una carga genética que provenga de ella, o al revés, una mujer puede tener un hijo, sin que éste se desarrolle al interior de su cuerpo, además de combinaciones de estos procedimientos, además de otros asociados a arquetipos procedimentales cuando el vínculo filial es en torno al padre y no a la madre.

Pues bien, con base en el mandato constitucional mexicano que distribuye facultades entre los órdenes de gobierno federal, estatal y municipal, nos encontramos que lo relativo a las relaciones civiles es materia de regulación por la esfera estatal, de tal modo que, dada la división territorial del Estado Mexicano, existen 32 entidades federativas que, libremente (dentro de los principios constitucionales que al respecto existan) pueden regular lo relativo a los descubrimientos científicos que facilitan la fecundación y concepción asistida, circunscribiendo por supuesto lo concerniente a la “maternidad subrogada”.

Para la ubicación de las anomias y antinomias, en el presente se ejecuta la labor de identificación de la diversidad legislativa que hay en México, concretamente respecto a la maternidad subrogada. Lo anterior para llevar a cabo un análisis de los contenidos normativos respectivos, identificar las antinomias entre los diversos cuerpos normativos y mostrar los posibles problemas fácticos que se pueden derivar de estas normas contradictorias, con la intención de evidenciar las anomias que también se dan al interior de los ordenamientos

⁶ Ariza, Lucía, “La regulación de las tecnologías reproductivas y genéticas en Argentina: análisis del debate parlamentario”, *Cadernos Pagu*, 2017, número 50, pp.1-42.

jurídicos que deberían ciertamente regular el tema y no generar ni anomias y/o antinomias. Hacer énfasis en la necesidad de regular esta problemática también está dentro del objetivo del presente, pues “la gestación por sustitución se está convirtiendo en la vía preferente para que parejas heterosexuales u homosexuales con problemas específicos, parejas de hombres y para el varón sin pareja puedan tener descendencia”⁷. Ofrecer un análisis propositivo y constructivo, anteponiendo el interés superior de los menores, también apremia a este trabajo.

Metodología.

El método usado es esencialmente el analítico-descriptivo, identificando en primer término la legislación vigente sobre el tema, de manera paralela definiendo el concepto de maternidad subrogada, sus alcances y problemáticas casuísticas (en cuanto al hecho natural de la concepción); posteriormente se describen las antinomias y anomias identificadas, realizando un ejercicio crítico, para concluir con enunciados descriptivos, analíticos y propositivos.

MARCO TEÓRICO Y CONCEPTUAL

I. Maternidad subrogada o gestación por sustitución

La maternidad subrogada o gestación por sustitución o maternidad portadora, maternidad sustituta o maternidad de encargo son constructos relativamente nuevos, introducidos a raíz de los avances en las técnicas de reproducción humana asistida, siendo el primero el de más amplio uso y difusión, de ahí que se adopte y se reflexione sobre el mismo en el curso de esta investigación. Es así como, buscando comprender el constructo, se consulta en el Diccionario de la Real Academia Española (RAE) el significado de las palabras que lo conforman, para la correcta interpretación de estas, encontrando lo siguiente:

Sobre la palabra “maternidad”, la RAE define:

⁷ Emaldi Cirión, Aitziber, “Implicaciones éticas y jurídicas de la maternidad subrogada. aproximación a una visión europea”, *Acta Bioethica*, 2017, volumen 23, número 2, pp.227-235.

De *materno*.

1. f. Estado o cualidad de madre.

Por lo que hace a la palabra “subrogada”, la RAE define:

De *subrogar*.

1. tr. Der. Sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa. U. t. c. prnl.

De las definiciones es interpretable que el constructo “maternidad subrogada”, se refiere a la sustitución o puesta de alguien o algo en lugar de otra persona o cosa en la maternidad, o lo que es lo mismo la sustitución o puesta de alguien o algo en lugar del estado o cualidad de madre.

La cadena de etapas biológicas conocidas como “periodo prenatal” o “intrauterino” hace referencia tres etapas: la preembrionaria, la embrionaria y la fetal, es decir, son las etapas que van del óvulo fecundado hasta la formación del feto, siendo alguna de estas en las que se da la “maternidad subrogada”.

Adicional, para reforzar el entendimiento, es ubicable en la literatura diversos conceptos que apuntan más o menos a lo mismo, al decirse que la maternidad subrogada es un concepto relativamente nuevo, generado a raíz de los avances en la biotecnología, que han permitido la implantación de óvulos fecundados (embriones) en mujeres distintas de la mujer de la cual provienen los óvulos, y otros procedimientos. Surge como una variante de la fecundación *in vitro*, para permitir que mujeres imposibilitadas de desarrollar un feto en su cuerpo, puedan ser madres, mediante el auxilio de otra mujer. Bolton alude a este concepto en los términos siguientes:

La maternidad subrogada, junto a otros nombres -gestación sustitutiva y alquiler de vientre- denominan habitualmente la práctica en la cual una mujer, previo acuerdo de las partes, se compromete a llevar adelante un embarazo y entregar al niño en el momento de nacimiento

*a una pareja o persona, renunciando a sus propios derechos como madre; frecuentemente es realizada a cambio de dinero*⁸.

Además, Abajo define a la maternidad subrogada, portadora o de alquiler como “la practica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su útero un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca”⁹.

A su vez, Rodríguez define a la maternidad subrogada como “el acto productor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que fungirá como madre de éste”¹⁰.

Brena menciona que la maternidad subrogada podría constituirse en una nueva figura del derecho de familia¹¹. La misma autora, indica que, “bajo el nombre genérico de maternidad subrogada se contemplan distintas variantes: si una mujer recibe un embrión para llevar a cabo sólo el embarazo y posteriormente da a luz, se trata de una gestación subrogada. En cambio, si una mujer, además de llevar a cabo la gestación entrega su óvulo para la fertilización, se trata de una verdadera maternidad subrogada, la madre biológica y gestante asume el compromiso de entregar el hijo a quienes se lo pidieron por encargo. Una tercera posibilidad es que una mujer aporte el óvulo, otra gaste al embrión y que una tercera que encargó el proceso se quede con el niño, así, la maternidad queda fragmentada; existe una madre biológica, otra gestante y una conocida como la

⁸ Bolton, Raquel. *Maternidad subrogada*, 2019, disponible en: <http://www.encyclopediadebioetica.com/online/index.php/indice-de-voces/20-todas-las-voces/154-maternidad-subrogada>.

⁹ Abajo, María Liliana, *Maternidad subrogada*, Fundación H. A. Barceló, 2014, pp. 1-73.

¹⁰ Rodríguez-Yong, Camilo *et al.*, “El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, 2012, volumen 25, número 2, pp. 58-81.

¹¹ Brena Sesma, Ingrid. *La gestación subrogada ¿una nueva figura de del derecho de familia?*, UNAM, 2012, pp. 139-161.

social, pues es quien solicitó el proceso. Souto Galván, indica que esta denominación (maternidad subrogada), es más bien aquella dada por los medios, indicando que es una expresión poco precisa, dado que la maternidad engloba una realidad más extensa que la gestación¹².

Para Alarcón, el tema a resaltar es que “el interés que se disciplina no es el embrión ni el útero de la gestante, porque lo que en verdad ésta hace es utilizar a favor de la comitente su capacidad biológica de gestar”. Lo que viene siendo el objeto de esta peculiar relación jurídica es la capacidad y la relación de la maternidad¹³.

No obstante, de lo rescatado de la literatura se aprecia que hay interpretaciones, algunas parciales, otras más completas desde la cosmovisión del autor en estudio, y que en mayor o menor medida convergen hacia lo que se puede dilucidar de los esclarecimientos determinantes de la RAE, siendo completamente claro que el constructo “maternidad subrogada” refiere a “la sustitución o puesta de alguien o algo en lugar de otra persona o cosa en la maternidad, o lo que es lo mismo la sustitución o puesta de alguien o algo en lugar del estado o cualidad de madre”.

Situaciones específicas como supuestos de problema ante la maternidad subrogada

Simental indica una serie de supuestos específicos que podrían ser materia de un litigio ante una situación de maternidad subrogada, siendo los siguientes:

¹² Souto Galván, Beatriz, “Aproximaciones al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho”, *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 2005, número 1, p.276.

¹³ Alarcón Rojas, Fernando, *El negocio de maternidad por substitución en la legislación*, Memoria del primer Seminario Franco-Andino de Derecho y Bioética, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 134 – 136.

- *Madre gestante que sólo “presta” su aparato reproductor para la gestación del bebé. El óvulo fecundado proviene de la pareja que ha solicitado la asistencia.*
- *Madre gestante que sólo “presta” su aparato reproductor para la gestación del bebé. El óvulo fecundado proviene de la mujer de la pareja que ha solicitado la asistencia, el material genético masculino proviene de un donador (que puede o no, ser anónimo).*
- *Madre gestante que sólo “presta” su aparato reproductor para la gestación del bebé. El óvulo fecundado proviene de la mujer de la pareja que ha solicitado la asistencia, el material genético masculino proviene de un donador (que puede o no, ser anónimo). Opción ineludible tratándose de pareja entre mujeres.*
- *Madre gestante que sólo “presta” su aparato reproductor para la gestación del bebé. El óvulo fecundado proviene de una mujer donante (que puede o no, ser anónima) y de material genético del hombre de la pareja.*
- *Madre gestante que sólo “presta” su aparato reproductor para la gestación del bebé. El óvulo fecundado proviene de una mujer donante (que puede o no, ser anónima), el material genético masculino proviene de un donador (que puede o no, ser anónimo). Opción ineludible tratándose de pareja entre mujeres infértiles.*
- *Madre gestante que sólo “presta” su aparato reproductor para la gestación del bebé. El óvulo fecundado proviene de una mujer donante (que puede o no, ser anónima) y de material genético de un hombre de la pareja (pareja homoparental).*
- *Madre gestante que sólo “presta” su aparato reproductor para la gestación del bebé. El óvulo fecundado proviene de una mujer donante (que puede o no, ser anónima), el material genético masculino proviene de un donador (que puede o no, ser anónimo). Opción ineludible tratándose de pareja entre hombres infértiles.*

- *Madre gestante que dona su ovulo, el cual es fecundado con el esperma del hombre de la pareja que ha solicitado la asistencia.*
 - *Madre gestante que dona su ovulo, el cual es fecundado con material genético masculino que proviene de un donador (que puede o no, ser anónimo).*
- b) *Supuestos específicos de la maternidad subrogada, por lo que hace a los elementos reales.*
- *La madre gestante puede o no recibir una contraprestación económica.*
 - *La madre gestante puede o no recibir un seguro por riesgo de salud.*
 - *La madre gestante puede o no recibir una indemnización por daño a su salud (física y o emocional).*
 - *Objeto del convenio. ¿De quién es el hijo?, ¿la madre gestante podría oponerse a entregarlo a la madre, al padre, a ambos, a las “madres” o a los “padres” solicitantes?*
- c) *Supuestos específicos de la maternidad subrogada, por lo que hace a la competencia territorial*
- *Un convenio respecto a la maternidad subrogada en una entidad federativa que sea válido, ¿podrá exigirse su cumplimiento en otra entidad en donde no esté regulada?*
 - *Un convenio respecto a la maternidad subrogada en un País que sea válido, ¿podrá exigirse su cumplimiento en México, en donde no está regulada?*
- d) *Vigencia del “convenio sobre maternidad subrogada”, ¿cuál sería el término para exigir su cumplimiento?, ¿existiría un plazo al respecto?, ¿eventualmente qué operarían la caducidad, la prescripción, ambas o ninguna?*

Como puede fácilmente apreciarse son muchos los casos específicos que podrían suscitarse ante una eventual maternidad subrogada y que podrían ser causa de un litigio. López, al respecto, describe del siguiente modo los casos de inseminación artificial heteróloga y de fecundación extrauterina heteróloga:

- a) *Fecundación con semen de un tercero en un óvulo de la esposa, concubina o mujer de la pareja de hecho;*
- b) *La fecundación con semen del cónyuge, concubino o pareja en un óvulo que no es de la esposa, concubina o mujer de la pareja e implementación ulterior del embrión en el útero de ella;*
- c) *Fecundación con semen de un tercero en un óvulo que no es de la esposa, concubina o mujer de la pareja, e implementación en el útero de ella;*
- d) *Fecundación con semen del marido, concubino o pareja en un óvulo de la esposa, concubina o mujer de pareja, e implantación del embrión en el útero de otra mujer¹⁴.*

En consecuencia, López señala que se podría dar el caso de que un individuo pueda ser descendiente hasta de cinco personas a la vez.

“En este caso, dos hombres y tres mujeres: El hombre que aporta el espermatozoides, la mujer que aporta el óvulo, la mujer que alberga al producto en su seno durante la gestación y los cónyuges, concubinos o pareja de hecho, a quienes se considerará institucional y legalmente como los progenitores de este”⁵.

Hernández y Santiago¹⁵, siguiendo a Rodríguez¹⁶, señalan que la maternidad subrogada puede tener diversas modalidades. De acuerdo con la aportación de los gametos puede ser:

Subrogación total: la mujer contratada es inseminada aportando sus propios óvulos, y después de la gestación y el parto entrega el hijo al

¹⁴ López Faugier, Irene, *Los métodos de reproducción asistida y su impacto en la filiación*, UNAM, 2015, pp. 143-166.

¹⁵ Hernández Ramírez, Adriana *et al.*, “Ley de maternidad subrogada del Distrito Federal”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2011, número 132, pp. 1335-1348.

¹⁶ Rodríguez López, Dina, “Nuevas técnicas de reproducción humana. El útero como objeto de contrato”, *Revista de Derecho Privado*, 2005, volumen 2, número 11, pp. 97-127.

padre biológico, renunciando a todos sus derechos, y admite la adopción de la pareja.

Subrogación parcial: la gestadora es contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado in vitro que le ha sido trasplantado, que proviene de la unión de espermatozoide y óvulo de la pareja contratante.

De acuerdo con el fin de la madre gestadora:

Subrogación altruista: cuando la madre gestadora acepta llevar a cabo el procedimiento de maternidad subrogada de manera gratuita, por lazos de amor, amistad o parentesco con la pareja contratante.

Subrogación por un precio: en países como Estados Unidos se permite que la pareja contrate a una madre gestadora, que lleve a buen término el embarazo, y que lo efectúe (sic) a cambio de una contraprestación.

Como conclusión a este apartado, y coincidentemente con el decir de Sedillo¹⁷, existe un choque entre la libertad de los individuos y los conceptos tradicionales de maternidad, paternidad, (así como los sentimientos de vinculación que no han sido estudiados a fondo).

Legislación vigente en México respecto a la maternidad subrogada

En México actualmente se dan al mismo tiempo notorias *anomias*, así como varias antinomias. A nivel federal no existe disposición legal alguna que regule a la maternidad subrogada (puede excusarse este vacío normativo porque el ámbito del derecho civil es competencia del fuero común –es decir de las entidades federativas-); de tal manera que corresponde a los Estados regular esta cuestión, sin embargo, la gran mayoría han omitido legislar al respecto, y aún entre las entidades que han normado en relación con este tópico, el alcance de la normatividad es muy diverso, algunos solamente permiten el uso de técnicas de

¹⁷ Sedillo López, Antoinette, “La regulación de la nueva tecnología de la reproducción y los asuntos que se conservan en privado: un planteamiento para tomar decisiones”, *Investigaciones Jurídicas*, 1990, número 37, pp.450 – 455.

concepción asistida (entre las cuales, por supuesto, se encuentra la maternidad subrogada para la conformación de una familia heterosexual), algunos otros que prohíben expresamente este método de reproducción, hasta dos que expresamente permiten la maternidad subrogada (Sinaloa y Tabasco).

Código Civil del Estado De Coahuila

Artículo 491. El contrato de maternidad subrogada es inexistente y por lo mismo no producirá efecto legal alguno.

Si un óvulo fecundado fuese implantado en una mujer de quien no proviniera el material genético, la maternidad se atribuirá a ésta y no a quien lo aportó.

Comentario Código Civil del Estado de Coahuila: Contempla la fecundación humana asistida, y autoriza la asistencia médica para la procreación, exclusivamente para las parejas en matrimonio o concubinato, y que después de cinco años, por razones biológicas, no hayan podido engendrar o concebir, sin que sean estériles o infértiles. Niega la existencia (jurídica) del contrato de maternidad subrogada y, en caso de que en una mujer fuese implantada un óvulo fecundado (proveniente de material genético ajeno a ella), la filiación se le atribuirá a la gestante.

Código Civil para el Estado de Colima

Artículo 410-B.- Sólo podrán ser adoptados en forma plena: ...

V El producto de un embarazo logrado como consecuencia del empleo de inseminación artificial o fertilización in vitro con la participación de una madre sustituta que haya convenido con los presuntos padres darlo en adopción.

Comentario al Código Civil para el Estado de Colima: Es una muestra palpable de técnica legislativa incorrecta, en un artículo referente a la adopción plena, se reconocen: las técnicas de reproducción asistida, la maternidad subrogada, el carácter convencional de ésta, la condición no renunciable de que ésta sólo se dé para proceder al proceso de adopción, en consecuencia, de “manera natural” el hijo nacido de una maternidad subrogada en este Estado es hijo de la madre gestante.

Código Civil para el Distrito Federal

Artículo 293.- El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.

También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de la reproducción asistida y los cónyuges o concubinos que hayan procurado el nacimiento, para atribuirse el carácter de progenitor o progenitores.

Comentario al Código Civil para el Distrito Federal: No hay ni prohibición, ni tampoco autorización expresa, para la maternidad subrogada, la cual genéricamente puede ser entendida como un método de fecundación asistida. Lo cual se traduce en un vacío normativo que, de trascender al ámbito jurisdiccional puede derivar en sentencias contradictorias; la anomia que existe en la legislación de la Ciudad de México podría dar pie, al surgimiento de hechos jurídicos realizados de buena fe por los interesados, que deriven en delitos.

Código Civil para el Estado De México

Consentimiento de la mujer para la inseminación artificial

Artículo 4.112.- La reproducción asistida a través de métodos de inseminación artificial solo podrá efectuarse con el consentimiento de la mujer a quien haya de practicarse dicho procedimiento.

La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada, sin la conformidad de su cónyuge. Tampoco podrá dar en adopción al menor nacido, mediante este método de reproducción.

Comentario al Código Civil para el Estado de México: Se da una situación similar a la relativa de la Ciudad de México, por una parte, se reconoce validez a los métodos de reproducción asistida, acotados a que, en el caso de las mujeres casadas, cuenten con el permiso del cónyuge –no se alude al concubinato-, que no se pueden dar en adopción los menores que nazcan con este auxilio (lo cual da base para pensar que se prohíbe, por analogía la maternidad subrogada en los supuestos de útero subrogado), a que no se puede hacer uso de estos medios para la clonación y que en el caso de los menores, no hay forma de suplir la voluntad (esto es, que los padres no pueden otorgar la autorización). Persiste el vacío normativo y esto genera, notoriamente, incertidumbre jurídica.

Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo

Artículo 301. El parentesco de consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.

También se da parentesco por consanguinidad, en el hijo producto de reproducción asistida y de quienes la consientan.

Comentario al Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo: Los métodos de reproducción asistida están reservados exclusivamente para el matrimonio (lo que implica un estatus de desigualdad hacia las parejas unidas en concubinato, para las personas solteras y las parejas del mismo sexo), no existe alusión expresa para la maternidad subrogada en los casos de útero subrogado, lo cual conlleva una problemática similar a la de la Ciudad de México y al Estado de México.

Código Civil del Estado de Querétaro

Artículo 399. La adopción de embriones es el procedimiento mediante el cual, un embrión, fruto del óvulo de una mujer y del espermatozoide de un hombre, es transferido al útero de otra mujer para completar el ciclo necesario de su gestación y posterior nacimiento, con el fin de ser considerado hijo de ella, de ella y de su cónyuge o de ella y de su concubino.

Artículo 400. Las parejas adoptantes de embriones no podrán procurar la maternidad asistida o subrogada, ni contratar el vientre de una tercera mujer para la gestación del embrión.

En la adopción de embriones queda prohibido seleccionar el sexo del niño a adoptar, ni se podrá rechazar el producto si éste nace con alguna enfermedad o defecto físico.

Comentario al Código Civil del Estado de Querétaro: Indirectamente se da validez a las técnicas de fecundación asistidas, exclusivamente para la descendencia derivada de matrimonio, nuevamente se presenta la exclusión a las parejas en concubinato, a los solteros y parejas del mismo sexo. Como único caso en México, se legisla sobre la adopción de embriones que, es el procedimiento mediante el cual, un embrión, fruto del óvulo de una mujer y del espermatozoide de un hombre, es transferido al útero de otra mujer para completar el ciclo necesario de su

gestación y posterior nacimiento, con el fin de ser considerado hijo de ella, de ella y de su cónyuge o de ella y de su concubino, esto quiere decir que se permite su aplicación también a las mujeres solteras y a los concubinos; sin embargo, existe las parejas adoptantes de embriones no podrán procurar la maternidad asistida o subrogada, ni contratar el vientre de una tercera mujer para la gestación del embrión, es decir, no opera para ninguno de todos los casos de útero subrogado.

Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí

Artículo 236. Se entiende por reproducción humana asistida, la que se verifica a través de la participación de terceras personas y el empleo de técnicas biológicas de reproducción sin coito de la pareja.

Artículo 243. Es inexistente la maternidad substituta y por lo mismo no producirá efecto legal alguno. Si un embrión fuese implantado en una mujer distinta a la cónyuge o concubina, la maternidad se le atribuirá a la primera.

Comentario al Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí: Se reconocen solamente tres técnicas de reproducción asistida: I. Transferencia intratubaria de cigoto o transferencia tubárica de embriones, consistente en la colocación de los embriones en la matriz de la mujer, utilizando material quirúrgico; II. Fertilización in vitro, método en el que los espermatozoides previamente preparados y seleccionados son depositados en una caja de vidrio que contiene un medio de cultivo especial, y III. Fertilización ICSI, ésta se utiliza cuando los espermatozoides son muy pocos, o su capacidad de fertilización está disminuida. Las técnicas de reproducción asistida están reservadas exclusivamente para los matrimonios y concubinatos. Se niega la existencia a la maternidad subrogada para los casos de útero subrogado que aquí se le denomina *maternidad substituta*. Se resuelve claramente a quien se le va a considerar madre en el caso de que físicamente se realice este hecho: si un embrión fuese implantado en una mujer distinta a la cónyuge o concubina, la maternidad se le atribuirá a la primera.

Código Familiar del Estado de Sinaloa

Artículo 283. La maternidad subrogada se efectúa a través de la 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.

Artículo 284. La maternidad de sustitución admite las siguientes modalidades:

I. Subrogación total, implica que la mujer gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos, y que después de la gestación y el parto, entregue el hijo a la pareja o persona contratante;

II. Subrogación parcial, es la que se da, cuando la gestadora es contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado in vitro que le ha sido trasplantado, pero que proviene de la unión de espermatozoide y óvulo de la pareja o persona contratante;

III. Subrogación onerosa, es la que se da 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,

IV. Subrogación altruista, es la que se da cuando una mujer acepta gestar por cuenta de otra de manera gratuita.

Artículo 287. El instrumento de maternidad subrogada lo firmarán la madre y padre subrogados, la madre subrogada gestante, el intérprete si fuera necesario uno, el Notario Público, el director de la clínica o centro hospitalario, asentándose el lugar, año, mes, día y hora en que hubiere sido otorgado.

Comentario al Código Familiar del Estado de Sinaloa: Es la entidad federativa que tiene la legislación más extensa en la materia; distingue entre la reproducción humana asistida y la gestación vía útero subrogado; mientras que la primera está reservada para parejas en matrimonio o concubinato, la segunda abre la opción a mujeres solteras. Contempla los siguientes tipos de maternidad subrogada: I. Subrogación total, implica que la mujer gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos, y que después de la gestación y el parto, entregue el hijo a la

pareja o persona contratante; II. Subrogación parcial, es la que se da, cuando la gestadora es contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado in vitro que le ha sido trasplantado, pero que proviene de la unión de espermatozoide y óvulo de la pareja o persona contratante; III. Subrogación onerosa, es la que se da 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, IV. Subrogación altruista, es la que se da cuando una mujer acepta gestar por cuenta de otra de manera gratuita. Al documento en el cual se plasma la voluntad para llevar a cabo la maternidad subrogada se le denomina genéricamente “instrumento”, tiene una regulación similar a la de un contrato, pero las “salidas” que jurídicamente se ofrecen ante las eventualidades en el “incumplimiento” del instrumento, dejan de lado los aspectos (invaluables) más trascendentes: la vida y filiación del bebé, los sentimientos de la madre gestante, los relativos de los padres subrogados. Y lo más importante, qué pasaría cuándo el menor dejé de ser bebé y tenga conciencia (en el supuesto de conflicto, es obvio que el tema está resuelto en caso de no haberlo).

Código de Familia de Sonora

Artículo 206.- El parentesco voluntario es el que nace de la adopción; del nacimiento obtenido mediante técnicas de reproducción asistida con gametos ajenos, autorizadas por los cónyuges o concubinos, y de la afiliación o acogimiento de menores huérfanos, abandonados o entregados lícitamente por sus padres, siempre que la relación se prolongue por más de un año con todas las características y fines de la relación paternofilial.

No se considerarán acogientes a quienes hayan sido designados padres sustitutos por la autoridad o aceptado la custodia provisional del menor.

...

Artículo 207.- Cuando el embarazo se obtenga por técnicas de reproducción asistida con material genético de personas distintas de uno o ambos cónyuges o concubinos, los que usen voluntariamente gametos de terceros serán considerados como padres biológicos del niño que nazca por estos métodos,

siempre que hayan otorgado expresamente su autorización. El hijo podrá solicitar, al llegar a su mayor edad, informes sobre el padre biológico en los mismos casos que en la adopción plena, sin reclamar ningún derecho filiatorio.

Comentario al Código de Familia de Sonora: No se contempla la maternidad por útero subrogado, pero si las técnicas de reproducción asistida, de la regulación se infiere que se refieren exclusivamente a desarrollar el embrión en el cuerpo de la propia madre, por tanto, se infiere prohibición de la maternidad por útero subrogado, lo cual está sujeto a interpretación. También de la legislación se colige que no están autorizadas las técnicas de reproducción asistida para las personas solteras.

Código Civil para el Estado de Tabasco

Artículo 347.-Respecto del padre, la filiación se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad; pero en el caso de concubinato se podrá justificar la filiación respecto del padre en el mismo juicio de intestado o de alimentos y será suficiente probar los hechos a que se refieren los artículos 340 y 372, tanto en vida de los padres como después de su muerte.

Esta acción es imprescriptible y transmisible por herencia. Sin embargo, como una excepción a esta presunción, cuando en el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata, ya sea que esta última provea o no el óvulo. Esto es, cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido como resultado de una transferencia de embrión, la madre contratante deberá ser considerada la madre legal del niño y éste será considerado hijo legítimo de la mujer que contrató.

Artículo 360.- Situación de maternidad sustituta.

Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido como resultado de un contrato de maternidad sustituta, el hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido y por sentencia ejecutoriada se hay declarado que no es su hijo.

Comentario al Código Civil para el Estado de Tabasco: Fue la primera entidad federativa que regulo maternidad subrogada. Les reconoce plena validez a las técnicas de reproducción humana artificial. Aunado a diversos detalles de falta de

técnica jurídica (como asimilar como sinónimo de contratante a sólo una de las partes en el acuerdo que da origen a la maternidad subrogada); deja muchos temas al libre arbitrio de las partes, no estipula reglas, principios ni excepciones, mucho menos consecuencias ante el incumplimiento; evidentemente una norma incompleta (como es el caso) puede generar mayores problemas sociales y jurídicos que la ausencia de norma.

Código Familiar del Estado de Zacatecas

Artículo 123.- Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos, así como a emplear cualquier método de procreación asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges en los términos establecidos por la Ley.

Comentario al Código Familiar del Estado de Zacatecas: Están contempladas los métodos de procreación asistida, referidos exclusivamente a parejas en matrimonio o en concubinato; ni se autoriza, ni se prohíbe la maternidad de útero subrogado.

En términos generales, de la lectura de las disposiciones legales antes transcritas se puede deducir lo siguiente:

- Algunas entidades federativas hacen alusión a las técnicas de reproducción asistida de un modo genérico, como un medio sucedáneo a la reproducción ordinaria, refiriéndose fundamentalmente a la etapa de fecundación, sin aludir expresamente a la maternidad subrogada en dicha etapa, o en lo concerniente a útero subrogado, lo cual deja en un estado de incertidumbre el saber la omisión significa que esté permitida o prohibida, sobre todo en qué etapas y supuestos.
- Otros Estados optaron por prohibir expresamente la maternidad de útero subrogado.
- Finalmente, otro grupo consideró correcto permitir la maternidad de útero subrogado.

La situación legal de la maternidad subrogada, entendida como “la sustitución o puesta de alguien o algo en lugar de otra persona o cosa en la

maternidad, o lo que es lo mismo la sustitución o puesta de alguien o algo en lugar del estado o cualidad de madre”. En los Estados Unidos Mexicanos solamente nueve, de treinta y dos entidades federativas, tienen disposiciones legales respecto a las técnicas de reproducción asistida (eventualmente sobre la maternidad subrogada), el resto de los Estados lo omite; de los nueve Estados que regulan las técnicas de reproducción asistida se advierten normatividades totalmente disímboles, desde aquellas que muestran una apertura a las técnicas de concepción asistida sin referirles como que se autoriza o niega la maternidad subrogada, pasando por las que le niegan cualquier validez a esta forma de concebir, para finalmente dos que la reconocen (en cuanto a fecundación y crecimiento en el útero), pero que contienen formas muy distintas de regular la temática, ya que mientras Tabasco la autoriza y hace alusión a la figura del contrato como mecanismo para acordar la realización de la maternidad subrogada, omitiendo todas las particularidades que se pueden suscitar, Sinaloa crea un capítulo especial dedicado a regular esta cuestión. Colima es un caso especial, no tiene regulación específica, aunque de manera tangencial le da validez a la maternidad subrogada¹⁸.

Este “sistema normativo” seguramente genera más problemas que aquellos que busca resolver, pues deja en un completo estado de incertidumbre muchas cuestiones, las más evidentes, lo relativo a la filiación, al reconocimiento de los hechos jurídicos válidos de una entidad a otra, y pues, finalmente algo que en un Estado es lícito y plenamente válido, podría tener consecuencias absolutamente contrarias en otra entidad federativa. En el mismo sentido se expresan Albornoz y López, al decir, “la diversidad del marco normativo mexicano sobre gestación por sustitución y algunos aspectos del contenido de la regulación existente o que

¹⁸ Martínez Martínez, Lidia Verónica, “Maternidad subrogada una mirada a su regulación en México”, *Díkaion*, 2015, volumen 24, número 2, pp. 353-382.

se encuentra en fase de tratamiento legislativo, plantean para México desafíos tanto internos como externos”¹⁹.

DESARROLLO

Anomias y antinomias en la legislación sobre maternidad subrogada

Anomias

Como es claro las anomias se refieren a los vacíos normativos, Simental las define de la manera siguiente: “este constructo implica la ausencia de una norma jurídica aplicable a un hecho específico, ¿en un sistema jurídico es esto posible?, si, por supuesto que sí, un ordenamiento jurídico que comprendiera todos los supuestos que pueden llegar a presentar sería un monstruo imposible de aplicarse y de ser conocido”²⁰; en la jerga jurídica es más usual denominárseles *lagunas*, sin embargo se considera innecesaria la analogía con la terminología geológica-geográfica, cuando existe un término preciso para referirse a este concepto.

En el caso que nos ocupa, se tienen dos grandes segmentos que ocupan estos vacíos normativos:

- a) Anomia total. Tanto en el ámbito federal que, como ya se mencionó, puede ser excusable debido a que, conforme a la distribución de competencias indicada por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la materia civil le corresponde a la potestad estatal; no así por cuanto hace a veinticuatro entidades federativas que no consideran algún medio de concepción asistida.
- b) Anomia parcial o incompleta. Se tienen ocho entidades federativas que aluden a las técnicas o métodos de concepción asistida, de las cuales

¹⁹ Albornoz, María Mercedes *et al.*, “Marco normativo de la gestación por sustitución en México: desafíos internos y externos”, *Revista IUS*, 2017, volumen 11, número 39.

²⁰ Simental Franco, Víctor Amaury, *Argumentación jurídica, práctica y deontología*, Porrúa, 2015, p.37.

solamente dos contemplan la maternidad subrogada; en realidad todas son objeto de crítica, porque dejan “cabos sueltos” que de trascender al ámbito jurisdiccional daría motivos para sentencias impredecibles.

Las anomias tanto la absoluta como las parciales que existen respecto a la reproducción asistida (en lo general) como a la maternidad subrogada (en lo particular) no pueden ser excusables, ya que el avance científico-médico que facilita que personas imposibilitadas de concebir descendencia puedan hacerlo, motiva a que el orden jurídico se pronuncie al respecto, cuándo sí, cómo, dónde, quiénes, causas y efectos²¹.

De lo que se ha expuesto, queda muy claro, que el Estado Mexicano, tanto a nivel federal (lo cual es excusable), como a nivel estatal (sin justificación), ha omitido legislar adecuadamente a la maternidad subrogada, ya sea prohibiéndola expresamente, o generando reglas claras para evitar una amplia diversidad de situaciones conflictivas específicas.

Antinomias

Las antinomias, son supuestos de contradicción entre normas; Guastini señala lo siguiente: “se puede definir a una “antinomia” en uno u otro de los modos siguientes: a) en un sistema jurídico existe una antinomia siempre que un determinado comportamiento esté deónticamente calificado en dos modos incompatibles por dos diversas normas pertenecientes al sistema; o bien b) en un sistema jurídico existe una antinomia siempre que para un determinado supuesto de hecho estén previstas dos consecuencias jurídicas incompatibles por dos normas diversas pertenecientes al sistema”²².

Bajo la anterior tesis tenemos que habría un sinnúmero de actos o hechos jurídicos de efectos jurídicos incompatibles entre diferentes entidades federativas.

²¹ Valdés Díaz, Caridad del Carmen, “El acceso a algunas técnicas de reproducción humana asistida: Crónica de una vida anunciada”, *Revista IUS*, 2017, volumen 11, número 39, pp.1-37.

²² Guastini, Ricardo, *Estudios sobre la Interpretación Jurídica*, Porrúa, 2008, p.67.

No es una cuestión menor, ni que deba trivializarse bajo el argumento de la sana diferencia entre entidades y sus respectivas normatividades internas. Este es un tema que puede derivar en conflictos de gran impacto social.

Tal como menciona Martínez, persiste una amplia problemática jurídica que se manifiesta en todos los supuestos en que se materializan las antinomias, los más evidentes:

A. Existencia (validez) versus anomia

Que se le reconozcan efectos jurídicos a la maternidad subrogada en una entidad federativa, conlleva (conforme al pacto federal mexicano) que las otras entidades federativas deben reconocerle los mismos efectos, esto no es muy grave cuando la problemática se da en torno a la existencia-validez respecto de la anomia (omisión de legislar el rema), que bajo el principio de que *lo que no está prohibido está permitido*, daría sustento a reconocerle plenos efectos jurídicos; lo cual, no es tan sencillo tratándose de este tema, porque, sin estar expresamente prohibida la maternidad subrogada, puede entrar en colisión con otros hechos jurídicos y sus consecuencias jurídicas, específicamente, el nacimiento: hecho jurídico que conlleva que los hijos de toda mujer que los alumbró son sus hijos –aunque suene a pleonasma-.

Como puede colegirse de manera lógica-jurídica, qué pasaría ante el hecho de que una mujer dé a luz en una entidad en la cual no haya legislación sobre la maternidad subrogada, que ésta a su vez haya convenido llevarla a cabo en otra entidad en la cual si está legislada y que, decide no entregar el bebé, o por el contrario, lo entrega (cumpliendo el acuerdo preexistente): tanto el incumplimiento derivaría en un problema jurídico (¿sería factible judicialmente, en la entidad en que nació el bebé, obligarla a entregar al bebé?), o, por el contrario, el entregar a la criatura, conllevaría al delito de abandono de personas, ya que, legalmente, en la segunda entidad el bebé es su hijo²³.

²³ Alventosa del Río, Josefina, “Doble maternidad. reclamación de filiación matrimonial por posesión de estado. maternidad biológica y maternidad por ficción

B. Existencia (validez) versus inexistencia (invalidez)

En este supuesto la antinomia puede ser aún más gravosa, pues mientras que en un Estado se le dan efectos jurídicos a la maternidad subrogada, en otro se le niegan, y hasta eventualmente se le puede considerar un hecho ilícito, esto puede ser sumamente complejo y dar pie a la generación a los casos que Zagrebelsky denomina trágicos²⁴. Ya en otras naciones los conflictos derivados de legislaciones inconexas han dado motivo a litigios²⁵, en México quizá por la falta de cultura jurídica o por, los aun escasos supuestos fácticos es que esto no ha escalado a un nivel alarmante, pero esto no es justificante para continuar con una normatividad contradictoria.

Es notorio que, la contradicción entre un hecho jurídico (acto jurídico en sentido estricto) y la nada jurídica (respecto a lo deseado por las partes), pero con posibles efectos jurídicos respecto de la conducta, en tanto se trate de hechos prohibidos y por consecuencia ilícitos (y previsiblemente delictivos), pues se aprecia una disyuntiva irreconciliable, o impera una de las normas o la otra, ¿cuál tendría, racionalmente, preferencia?, la que le otorga validez al hecho o la que se lo niega.

C. La maternidad subrogada como “contrato”

La doctrina ha insistido en innumerables ocasiones que darle la categoría de contrato, aun de convenio, es totalmente un contrasentido, tanto con la teoría general del contrato, como con las reglas imperantes en la sistematización legislativa de los contratos en México. En especial es enfático lo relativo al objeto del contrato, es de preguntarse si puede ser materia de un contrato la conducta relativa a la maternidad subrogada, en el supuesto de que la respuesta (en

legal: concurrencia y simultaneidad”, *Revista Boliviana de derecho*, 2014, número 18, pp. 378-399.

²⁴ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, 2003, pp.1-160.

²⁵ Urquiza, Fernanda *et al.*, “Subrogación uterina. aspectos médicos y jurídicos del primer caso con sustento legal en la Argentina”, *Medicina (Buenos Aires)*, 2014, número 74, pp. 233-238.

términos muy generales) sea afirmativa, habría que identificar en qué supuestos sí y en cuáles no; aunado a ello, podría aceptarse como válido que el objeto indirecto (semidirecto) sería el ¡bebé!, esto es casi inconcebible. En regímenes jurídicos integrados a otras familias jurídicas, como el common law, en los cuales el objeto del contrato es mucho más flexible, aludir a la maternidad subrogada como contrato es más factible, pero de plano, plantea muchos problemas con principios de la teoría general del contrato (tales como la libertad contractual), por ello, el que se legisle a este concepto como contrato, no puede ser algo bienvenido en el orden jurídico mexicano.

D. La maternidad subrogada como “acto jurídico”

Si bien, todos los contratos son actos jurídicos, no todos los actos jurídicos son contratos, lo cual puede ser un acierto, evidentemente que, en el caso de otorgarle reconocimiento a la maternidad subrogada, ésta debería entrar en la categoría de un acto jurídico sui generis, algo así como ha acontecido con el matrimonio, o como, dada la inercia legislativa, lo que viene aconteciendo con el concubinato que cada vez se aleja más de una situación de hecho con consecuencias jurídicas (un claro ejemplo de hecho jurídico). El problema radica en que, mientras que en algunas entidades federativas puede alcanzar esta categoría, en otras, ni tan siquiera se le dan consecuencias jurídicas (en cuanto a lo deseado por las partes).

E. La maternidad subrogada y el fraude a la ley

No puede negarse que uno de los más graves oprobios que flagelan a la humanidad contemporánea es el tráfico de personas, lamentablemente el relativo a menores es un ilícito generalizado a nivel global, adentrarnos en los fines que persiguen quienes realizan estas conductas totalmente deleznable conlleva alejarnos al tema de análisis, sin embargo, es pertinente aludir, al fraude a la ley que se puede dar y de hecho se da, entre órdenes jurídicos contradictorios.

Saliendo del marco territorial que enmarca esta investigación, con el único fin de hacer presente el fraude a la ley que se posibilita ante la existencia de distintos marcos jurídicos. Dado que en México no está prohibida la maternidad

subrogada, en Europa (pero no exclusivo de esta región del planeta²⁶ se están presentado casos ante los tribunales²⁷, en España el debate es notorio, ya que allá está expresamente prohibida la maternidad subrogada, y ha habido parejas que se han trasladado a otros países en los cuales está permitida para lograr su objetivo y después su búsqueda ha sido obtener el reconocimiento ante su Estado de origen:

“... En el caso objeto de este recurso, los vínculos eran intensos puesto que de lo actuado se desprende que los recurrentes, nacionales y residentes en España, se desplazaron a California únicamente para concertar el contrato de gestación por sustitución y la consiguiente gestación, parto y entrega de los niños, porque tal actuación estaba prohibida en España. La vinculación de la situación jurídica debatida con el estado extranjero cuya decisión se solicita sea reconocida es completamente artificial, fruto de la “huida” de los solicitantes del ordenamiento español que declara radicalmente nulo el contrato de gestación por sustitución, no reconoce la filiación de los padres intencionales o comitentes respecto del niño que nazca como consecuencia de dicha gestación por sustitución (sin perjuicio de la reclamación de paternidad que pueda efectuar el padre biológico), e incluso tipifica ciertos supuestos como delito, también cuando la entrega del menor se ha producido en el extranjero (art. 221.2 del Código Penal)”.

²⁶ González Martín, Nuria *et al.*, “Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2016, volumen 16, pp. 159-187.

²⁷ Álvarez González, “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2010, pp. 343-345.

¿Constituye fraude de ley, para los padres comitentes, la suscripción, asunción y ejecución, fuera de España, de las estipulaciones propias de un contrato de maternidad subrogada?²⁸.

El Art. 12.4 del Código Civil dispone que “Se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española”²⁵.

F. La maternidad subrogada versus el interés superior del menor y otras cuestiones éticas

De manera globalizada se ha venido implementando como un principio el “interés superior de los menores”, el Estado Mexicano no escapa a ello y en su artículo 4 Constitucional lo ordena, lo cual es loable.

El problema se presenta entre el legítimo interés de un adulto (hombre, mujer o pareja) de desear tener descendientes y que naturalmente estén imposibilitados, ¿se valora el interés del menor ante este esquema de reproducción humana?

Por otro lado, ante la ineludible participación de la mujer en el proceso de gestación, ¿qué tanto el promover (legislar y autorizar) la gestación subrogada, es una forma de sometimiento a la mujer?, y no sólo un sometimiento en el sentido de poder económico²⁹, sino en el de trasladar en ella el deseo de otra, otro u otros, de procrear, convirtiéndola en un objeto, son temas sobre los cuales es pertinente discutir, pero que han sido soslayados del debate legislativo mexicano (cuando lo hay).

En voz de Martínez es necesaria la regulación de los múltiples efectos que genera el alquiler de vientre conforme a su naturaleza, características y peculiaridades propias, con especial cuidado en el interés superior del menor, los

²⁸ Álvarez de Toledo Quintana, Lorenzo, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, volumen 6, número 2, pp. 5-49.

²⁹ Baffone, Cristiana, “La maternidad subrogada: una confrontación entre Italia y México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2013, número 137, pp.441-470.

derechos humanos de la mujer y en aquellos que impactan en los derechos inherentes a la persona, entre los cuales sobresalen la vida, la dignidad humana, así como la intimidad personal y familiar³⁰.

SÍNTESIS CONCLUSIVA

Como fácilmente puede advertirse, es evidente la anomia para veintitrés entidades federativas; y notoria la situación de antinomia entre la mayoría de las entidades federativas, lo cual genera más problemas que aquellos a los cuales se buscó dar solución.

Más allá de las múltiples situaciones debatibles desde posturas morales (sin olvidar que las normas se constituyen con base en un sustento moral), la maternidad subrogada conlleva problemas jurídicos de enorme trascendencia, en tanto no se legisle a nivel nacional con las mismas reglas jurídicas. Debe tenerse presente que quizás en torno al concepto de la filiación gire la trascendencia del Derecho de Familia, una trascendencia que, impacta en todo el tejido social³¹.

Por principio el mecanismo a través del cual se realiza el acuerdo que da origen a la maternidad subrogada se le ha denominado contrato, como bien se sabe los contratos son actos civiles bilaterales que crean o transmiten derechos y obligaciones, y que se constituyen a través de elementos de existencia y de validez, que estos elementos incluyen un objeto (jurídicamente posible), consistente en primer término en una conducta (lícita) de dar, hacer o no hacer y en un segundo momento en qué es lo que se tiene que entregar, hacer u omitir, ¿es factible que un ser humano sea objeto de un contrato?

Por otro lado, un tema que ya es motivo de controversias internacionales, pero que, evidentemente también puede serlo en el derecho interno, es que las entidades federativas están obligadas a otorgar plena validez a los actos civiles realizados en otros Estados, siempre y cuando sean conforme a derecho. Esto

³⁰ Martínez Martínez, Lidia Verónica, "Maternidad subrogada una mirada a su regulación en México", *Dikaion*, 2015, volumen 24, número 2, pp. 353-382.

³¹ Montero Duhalt, Sara, *Derecho de familia*, México, Porrúa, 1984, p.266.

significa que ante un eventual litigio en el cual se exija el cumplimiento de un “contrato” de maternidad subrogada celebrado en un Estado en que este permitido, “deberían” las autoridades de otra entidad (en donde esté prohibido y que se necesite su cumplimiento) darle validez; sin embargo, habría un serio problema de incompatibilidad entre normas.

Otro caso, a los que Zagrebelski denomina trágicos, ¿cómo se debería actuar ante una situación como la siguiente?: una mujer que aceptó ser madre gestante en Tabasco y que manifestó su voluntad en los términos que la legislación local prevé, da a luz en Coahuila, Estado que niega la existencia del contrato de maternidad subrogada; si decide no entregar al bebé, “incumple el contrato realizado en Tabasco”, pero si por el contrario, lo entrega a los padres subrogados, estaría violentando la normatividad del Estado de Coahuila.

El Estado Mexicano no puede seguir siendo omiso ante este problema serio, la ciencia avanzó notoriamente, y permite que una mujer desarrolle en su cuerpo a un bebé respecto del cual no tiene carga genética que los vincule, pero el derecho no ha sido adecuado ante este descubrimiento médico y demanda social.

La prohibición de la maternidad subrogada posiblemente sería causante de mayores problemas, las razones éticas que niegan la posibilidad de que personas limitadas físicamente de disfrutar de la maternidad o paternidad no puedan hacerlo (sobre todo las relacionadas con el interés superior de los menores y las relativas a reivindicación de género de la mujer) entran en un conflicto con las otras razones éticas que reconocen el derecho de la gente a tener hijos. Es pertinente tener presente que, autorizada o no, ante el descubrimiento científico, no habrá poder humano que impida que, quienes tengan los medios, hagan lo posible por tener descendencia.

Ya consumada la investigación, durante el arbitraje en 2021, sale la intempestiva interpretación de la Corte Suprema, en que se declara como una realidad que el marco legal en México cambia sustancialmente, dictaminando la Corte Suprema que la gestación subrogada es un procedimiento médico protegido. México ahora se une a esos pocos países con un marco legal que apoya la subrogación compensada para todos los posibles padres, lo que tendrá

sin lugar a duda, trascendencia y consecuencias, aún no conocidas, en el marco examinado.

De hecho, ahora visualizamos como problema de investigación posterior, el que se desprende de la decisión de la Corte Suprema, en que la subrogación está disponible para personas heterosexuales, LGBTTTIQ+ (Lesbianas, Gays, Bisexuales, Travestis, Transgéneros, Transexuales, Intersexuales, Queer y + la suma de nuevas comunidades y disidencias, además de solteras y solteros). Ya que la Corte no solo reconoce el derecho universal a formar una familia, sino también el derecho de los “padres comitentes” a ser los padres legítimos independientemente de su conexión genética con el bebé, lo que representa problemas éticos aún más profundos que ponemos en el tintero para investigación posterior.

Finalmente hacer mención que en tanto los dilemas éticos son resueltos, el Derecho debe contribuir a evitar los nudos socio-jurídicos que se están presentando, por lo cual, deben emitirse reglas claras y precisas que ofrezcan certidumbre y solución a este serio problema de bioética y no interpretaciones como las que ha vertido intempestivamente la Corte Suprema en que se le ve a México como la jurisdicción legal protectora de la subrogación, ante los ojos y necesidades del mundo.

BIBLIOGRAFÍA

Abajo, María Liliana, *Maternidad subrogada*, Fundación H. A. Barceló, 2014, pp. 1-73.

Alarcón Rojas, Fernando, *El negocio de maternidad por substitución en la legislación*, Memoria del primer Seminario Franco-Andino de Derecho y Bioética, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 134 – 136.

Albornoz, María Mercedes *et al.*, “Marco normativo de la gestación por sustitución en México: desafíos internos y externos”, *Revista IUS*, 2017, volumen 11, número 39.

Álvarez de Toledo Quintana, Lorenzo, "El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, volumen 6, número 2, pp. 5-49.

Alvarez González, "Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2010, pp. 343-345.

Alventosa del Río, Josefina, "Doble maternidad. reclamación de filiación matrimonial por posesión de estado. maternidad biológica y maternidad por ficción legal: concurrencia y simultaneidad", *Revista Boliviana de derecho*, 2014, número 18, pp. 378-399.

Ariza, Lucía, "La regulación de las tecnologías reproductivas y genéticas en Argentina: análisis del debate parlamentario", *Cadernos Pagu*, 2017, número 50, pp.1-42.

Baffone, Cristiana, "La maternidad subrogada: una confrontación entre Italia y México", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2013, número 137, pp.441-470.

Bolton, Raquel. *Maternidad subrogada*, 2019, disponible en: <http://www.encyclopediadebioetica.com/online/index.php/indice-de-voces/20-todas-las-voces/154-maternidad-subrogada>.

Brena Sesma, Ingrid. *La gestación subrogada ¿una nueva figura de del derecho de familia?*, UNAM, 2012, pp. 139-161.

Collado Rodríguez, Margarita. *El Interés Superior Del Menor y La Maternidad Subrogada en el Sistema Jurídico Mexicano*. UJAT, 2016.

Emaldi Cirión, Aitziber, "Implicaciones éticas y jurídicas de la maternidad subrogada. aproximación a una visión europea", *Acta Bioethica*, 2017, volumen 23, número 2, pp.227-235.

González Martín, Nuria *et al.*, "Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2016, volumen 16, pp. 159-187.

Guastini, Ricardo, *Estudios sobre la Interpretación Jurídica*, Porrúa, 2008, p.67.

Hernández Ramírez, Adriana *et al.*, “Ley de maternidad subrogada del Distrito Federal”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2011, número 132, pp. 1335-1348.

López Faugier, Irene, *Los métodos de reproducción asistida y su impacto en la filiación*, UNAM, 2015, pp. 143-166.

Martínez Martínez, Lidia Verónica, “Maternidad subrogada una mirada a su regulación en México”, *Díkaión*, 2015, volumen 24, número 2, pp. 353-382.

Montero Duhalt, Sara, *Derecho de familia*, México, Porrúa, 1984, p.266.

Olavarría, María Eugenia, “La gestante sustituta en México y la noción de trabajo reproductivo”, *Revista Interdisciplinaria de Estudios de Género de El Colegio de México*, 2018, volumen 4, pp. 1-31.

Rodríguez López, Dina, “Nuevas técnicas de reproducción humana. El útero como objeto de contrato”, *Revista de Derecho Privado*, 2005, volumen 2, número 11, pp. 97-127.

Rodríguez-Yong, Camilo *et al.*, “El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, 2012, volumen 25, número 2, pp. 58-81.

Rojina Villegas, Rafael, *Derecho civil mexicano, Derecho de familia*, Porrúa, 1980 p.600.

Sedillo López, Antoinette, “La regulación de la nueva tecnología de la reproducción y los asuntos que se conservan en privado: un planteamiento para tomar decisiones”, *Investigaciones Jurídicas*, 1990, número 37, pp.450 – 455.

Simental Franco, Víctor Amaury, *Argumentación jurídica, práctica y deontología*, Porrúa, 2015, p.37.

Souto Galván, Beatriz, “Aproximaciones al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho”, *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 2005, número 1, p.276.

Urquiza, Fernanda *et al.*, “Subrogación uterina. aspectos médicos y jurídicos del primer caso con sustento legal en la Argentina”, *Medicina (Buenos Aires)*, 2014, número 74, pp. 233-238.

Valdés Díaz, Caridad del Carmen, “El acceso a algunas técnicas de reproducción humana asistida: Crónica de una vida anunciada”, *Revista IUS*, 2017, volumen 11, número 39, pp.1-37.

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, 2003, pp.1-160.