Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/VPmqW5

MATERNIDAD SUBROGADA: SU REGULACIÓN

Mariana DOBERNIG GAGO

SUMARIO: I. *Derecho a la reproducción*. II. *Maternidad subrogada*. III. *Regulación mexicana de la maternidad subrogada*. IV. *La maternidad subrogada a nivel internacional*. V. *Turismo médico reproductivo*. VI. *Propuesta de legislación*.

I. DERECHO A LA REPRODUCCIÓN

Las técnicas de reproducción asistida humana (TRHA) han hecho posible que "los gametos femeninos sean fecundados fuera del cuerpo de la mujer. Esto ha posibilitado que estos embriones puedan ser transferidos a mujeres distintas de las que aportan los óvulos".[1] Las madres subrogadas o mujeres gestantes son mujeres fértiles que aceptan, mediante precio o no, llevar a término un embarazo que normalmente se ha generado mediante esperma del varón que aparecerá como padre y un óvulo de la mujer que aparecerá como madre, para que, una vez producido el parto, entregue el hijo a las personas que lo encargaron, y asumieron, en su caso, la compensación de la cantidad fijada o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto.

La maternidad subrogada puede plantear numerosos problemas, de los cuales mencionaremos los más frecuentes. Se da que la mujer gestante desee quedarse con el niño.[2] Que ni la mujer gestante, ni quien solicitó el inicio

[1] Puigpelat, Francesca, "Los derechos reproductivos de las mujeres: interrupción voluntaria del embarazo y maternidad subrogada", en Cruz, Parcero y Vázquez, Rodolfo, *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*, México, Fotomara, 2010, t. 2, p. 173.

[2] Esa fue la situación del famoso caso llamado comúnmente *Baby M*, en el cual los señores Stern contrataron a la señora Whitehead para que fuera inseminada con el semen del señor Stern y gestara un hijo, sin embargo, el caso llegó a juicio debido a que la señora Whitehead no quiso entregar el bebé cuando nació. Al final, la Corte le dio la guarda y custodia del bebé a los señores Stern y a la señora Whitehead se le otorgó la maternidad legal, con derecho a visitar a su hija. Esta resolución de la Corte fue muy criticada, ya que no era un

DR © 2018. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/VPmqW5

del proceso quieran quedarse con el niño, por cualquier motivo, por ejemplo, por adolecer de taras genéticas. Que antes del nacimiento se detecte en el niño alguna anormalidad y se solicite el aborto terapéutico, negándose a ello la gestante. Que la pareja estéril se divorcie durante el embarazo, problema especialmente grave, si la esposa no hubiera aportado el óvulo.[3]

La utilización de estas técnicas nos conduce a pensar que la forma como se están tomando las decisiones sobre las técnicas de reproducción humana asistida va a afectar la manera en que vemos y aceptamos el parentesco en la actualidad. Por ello trataremos de establecer cuáles son los derechos que están en juego y cómo deben ser protegidos.

Dentro de estos derechos reconocidos, tendríamos que establecer si existe un derecho a la reproducción y si la infertilidad es un problema terapéutico enmarcado en el derecho a la salud,[4] del mismo modo que la vinculación del derecho a la intimidad[5] en las técnicas de reproducción asistida, así como los derechos del niño[6] en relación con el derecho a los orígenes en la donación de gametos, por sólo mencionar algunos.

De acuerdo con esta relación de derechos, García[7] opina que del

> análisis de éstos podemos observar los posibles conflictos con otros derechos, desde una perspectiva ideológica de defensa de los derechos fundamentales implicados en las diferentes técnicas reproductivas, ya que pueden plantearse

---

caso de divorcio y que, buscando el mejor interés de la niña, no lo sería convivir con ambas familias. Véase Arras, John D. y Steinbock, Bonnie, "Ethical Issues in Modern Medicine", *Contemporary Readings in Bioethics*, Boston, McGraw-Hill, 2009, pp. 452-455.

[3] Como en el caso presentado en *Buzzanca vs. Buzzanca*, donde la pareja Buzzanca contrato a una madre subrogada y se le transfirió un embrión producto de la donación de óvulo y esperma, por lo que la pareja solicitante no tenía ningún lazo biológico con el niño, durante el embarazo la pareja se divorcia y el esposo en el convenio de divorcio señala que no hay hijos y ahí empieza una disputa legal. *Cfr. Buzzanca vs. Buzzanca*, California Court of Appeal, 1998, 61 Cal.App.4th 1410, 72 Cal.Rptr.2d 280.

[4] El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce mediante el artículo 12 el derecho de toda persona al mayor disfrute posible de salud física y mental.

[5] El artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 8o. del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, el artículo 16 del Convenio de los Derechos del Niño.

[6] Los artículos 7o. y 9o. del Convenio de los Derechos del Niño, los artículos 1o., 2o. y 3o. de la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional.

[7] García, Yolanda, *Reproducción humana asistida. Derecho, conciencia y libertad*, Granada, Comares, 2004, p. 250.

DR © 2018. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/VPmqW5

> objeciones por motivo de conciencia basados en la concepción de los derechos fundamentales como mínimo ético por respetar. Uno de estos problemas es definir quién es el titular de este derecho, ya que, para algunos autores, sería la mujer, pero entonces ¿dónde dejaríamos el derecho de los hombres? [La autora señala] que, partiendo de la concepción del derecho a la reproducción como derecho derivado de la libertad, la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la intimidad, se sostiene que el sujeto de dicho derecho es necesariamente la persona física. Por tanto, el hombre y la mujer son titulares, de forma individual, del derecho a la reproducción.

Por lo que podemos concluir que el titular del derecho es el ser humano en lo individual, y se podrá decir que la mujer, principalmente, es la que tendrá siempre la ventaja sobre el hombre en la concepción, ya que es ella quien gesta.

Podemos afirmar que el derecho a la reproducción se encuadra en la salud reproductiva, ya que, como regla general, busca paliar la esterilidad/infertilidad de las personas, aunque de forma excepcional se utilice para otros fines. Lo importante aquí sería distinguir si esos fines deben ser permitidos por la legislación o prohibidos. Si éstos se encuentran permitidos, cabrían dentro de la libertad de reproducción y la libre elección que tiene cada individuo.

En cuanto al establecimiento del derecho a la reproducción, Zegers-Hochschild considera que "desde una perspectiva biológica y sicosocial, la fertilidad (tener hijos) no debiera ser considerada un derecho, ya que existen muchas condiciones biomédicas y enfermedades que hacen imposible el embarazo y, por ello, nadie puede garantizar dicha condición".[8] En este contexto, consideramos que se tiene derecho al acceso a mecanismos que le permitan a las personas convertirse en padres, ya sea de forma natural, artificial o a través de una adopción. Es evidente que el tener hijos no es un derecho, "el derecho a hacer uso de los avances de la ciencia y la tecnología para procurar tratamientos médicos eficientes y seguros que nos permitan hacernos cargo de nuestras enfermedades"[9] (que, en este caso, sería la esterilidad y/o infertilidad) es a lo que tenemos en realidad derecho.

Aquí cabría hacer una reflexión entre la diferencia de lo que es un derecho con un deseo, ya que es bueno intentar conceder, en lo posible, lo que la gente tanto desea, si otros no resultan dañados. Pero si fracasan en con-

---

8 Zegers-Hochschild, Fernando, "Algunas consideraciones éticas en la práctica de la reproducción asistida en Latinoamérica", en Casado, María y Luna, Florencia, *Cuestiones de bioética en y desde Latinoamérica*, Navarra, Civitas, 2012, p. 178.

9 *Idem.*

DR © 2018. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/VPmqW5

seguir lo que quieren, pueden sentirse disgustados, aunque no han llegado a ser perjudicados. Con base en los derechos humanos, si la gente cree que ha sido agraviada, que sus derechos han sido infringidos, puede acudir a los tribunales, donde será un juez quien decida entre lo que era un deseo vehemente y lo que era un derecho.[10]

> La diferencia entre las necesidades y deseos y la mayor fuerza argumentativa de aquéllas venía dada precisamente porque éstos presentan contornos más objetivables, por tratarse de situaciones o estados de cosas que no dependen de la intención de los sujetos. Esta distinción se complementaría con un criterio que atiende al resultado: el beneficio en el caso de los deseos, evitar un daño o una privación en el caso de las necesidades.[11]

A nuestro entender, el ser humano comparte ese instinto natural de reproducirse, que todo animal tiene, por eso el tener un hijo está vinculado con una necesidad secundaria de querer perpetuar la especie, al mismo tiempo (como el ser humano tiene racionalidad y conciencia), esta necesidad va de la mano con la tradición ancestral de formar una familia y ahí es donde nacería ese deseo profundo de ser padre, por lo que la reproducción es una necesidad que emana de un instinto natural hacia la perpetuación de la especie, acompañada de un deseo paternal de enseñar a nuestros hijos lo que hicieron por nosotros nuestros padres. Por lo que podríamos señalar que esta necesidad debe ser respaldada por el derecho.

Otra limitación que no podemos perder de vista es la libre determinación de querer ser padres, relacionándola con esa necesidad de la que hablábamos; sin embargo, no hay forma de obligar a un Estado ni a una legislación que nos cumpla ese derecho, así lo señala Zegers-Hochschild, quien establece que "los gobiernos no están obligados a proveer de métodos

---

[10] De acuerdo con Mary Warnock, "si consideras algo como un derecho y te dejas llevar por el intenso anhelo de lo que quieres o necesitas, que es también algo que crees merecer, entonces, en la medida en que va cobrando intensidad el sentimiento de que tienes que conseguir aquello que mereces, irá disminuyendo el atractivo que la cosa ejerce sobre ti. Lamentaría cualquier tendencia que condujera a la gente a sentirse tan obsesionada por su derecho a tener un hijo y a tenerlo del modo que ellos desean, incluso con las características que ellos prefieran, que les hiciera olvidar la vieja sensación de asombro y gratitud que se siente con el nacimiento de un niño. ¿Gratitud a quién? Bien, a Dios o a la naturaleza, a la comadrona o al médico, o al mismo principio de continuidad y renovación de la vida. No importa. Pero, como ya he dicho, la gratitud es algo que no se siente cuando todo lo que uno ha conseguido es aquello que se le debía". Véase Warnock, Mary, *Fabricando bebés, ¿existe un derecho a tener hijos?,* Barcelona, Gedisa, 2004, pp. 130 y131.

[11] Añón, María José, *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 31.

DR © 2018. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/VPmqW5

modernos y eficientes para tratar la infertilidad, si no tienen la capacidad económica o social para hacerlo".[12]

Por su parte, Warnock[13] establece que esta necesidad de ser padres, más que un derecho, es un deseo; la línea que divide esta diferencia es muy delgada, ya que no es un derecho que pueda ejercerse con base en la exigencia jurídica; nadie nos puede garantizar, ni existe ninguna ley que nos otorgue el derecho a ser padres, podemos ejercer nuestra libertad para buscar una reproducción de forma natural o artificial; podemos buscar ser padres a través de una ficción jurídica, como sería la adopción, pero no podemos exigir que este deseo sea cumplido. En este contexto, al iniciar la revolución reproductiva a través de la tecnología, una de las primeras interrogantes fue si el acceso a las técnicas de reproducción humana se podría encuadrar en el derecho reproductivo,[14] ya que sobre todo las mujeres han clamado por éste.

Documentos internacionales, como la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (comúnmente denominada Conferencia del Cairo),[15] reconoció un derecho a la libertad reproductiva, declarando que "la comunidad internacional debe hacer un esfuerzo para asegurar los derechos reproductivos de las mujeres puesto que la capacidad de decidir libremente el número y el espaciamiento de los hijos es condición previa para que las mujeres puedan alcanzar una igualdad efectiva con respecto a los hombres".[16] A continuación transcribiremos lo señalado por el informe final, en su apartado séptimo:

> La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una

---

12 Zegers-Hochschild, Fernando, "Algunas consideraciones…", *cit.* p. 179.

13 Véase, Warnock, Mary, *Fabricando bebés*…, *cit*.

14 Mary Warnock considera que "un derecho es, para un individuo, un área de libertad que otra persona tiene la obligación de permitirle ejercer, como una cuestión de justicia. Es una libertad que uno reclama para sí mismo o para otro, y que se puede impedir que otros constriñan. Esto es, que quienes reclaman el derecho a tener hijos probablemente no son quienes ya los tienen, sino quienes no han conseguido concebirlos. Sin embargo, no hay ley positiva que otorgue el derecho a concebir, o a ser ayudado en la concepción". *Ibidem*, pp. 25 y 30.

15 *Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo*, Conferencia del Cairo, celebrada en El Cairo, Egipto, del 5 al 13 de septiembre de 1994, disponible en: *http://www.un.org/popin/icpd/newslett/94_19/icpd9419.sp/1lead.stx.html* (consultada el 20 de junio de 2016).

16 Alkorta, Itziar, *Regulación jurídica de la medicina reproductiva, derecho español y comparado*, Navarra, Aranzadi, 2003, p. 84.

DR © 2018. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/VPmqW5

> vida sexual satisfactoria y sin riesgos, y de procrear así como la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia.[17]

De esta definición, según el propio informe, se desprende una serie de derechos denominados derechos reproductivos, que son:[18] el derecho a decidir, libre y de forma responsable el número de hijos; el espaciamiento e intervalo entre los nacimientos; el derecho a disponer de la información necesaria para ello; el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva; el derecho a adoptar decisiones en materia de reproducción sin sufrir discriminación, coacción o violencia alguna por ello.

A su vez, el Plan de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer, de Beijing,[19] señala que los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales e internacionales sobre derechos humanos, y en otros documentos de las Naciones Unidas. Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos, y a disponer de la información y de los medios para ello, así como del derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. Por lo que cambia la definición de libertad reproductiva por el de salud reproductiva, considerando que "la libertad reproductiva se amplía hasta abarcar los medios no sólo legales sino también materiales o económicos para poder decidir en cuestiones relativas a la procreación".[20]

El resumen ejecutivo de la serie sobre salud sexual y reproductiva de Lancet[21] incluye la reproducción asistida como parte de la atención a la salud sexual y reproductiva: "La atención de la salud sexual y reproductiva incluye: mejorar la atención prenatal, durante el parto, el posparto y del

---

17 Véase capítulo VII, apartado 7.2 de la *Conferencia Internacional sobre Población y el Desarrollo*.

18 Véase García, Yolanda, *Reproducción humana*…, *cit*., pp. 248 y 249.

19 *Declaración y Plataforma de Acción de Beijing*, adoptada en la *Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer*, celebrada en Beijing, China, del 4 al 15 de septiembre de 1995, disponible en: *http://www2.unwomen.org/~/media/headquarters/attachments/sections/csw/bpa_s_final_web.pdf?v=1&d=20160316T150755* (consultada el 20 de junio de 2016).

20 Alkorta, Itziar, *Regulación jurídica*…, *cit*., p. 84

21 Resumen ejecutivo de la serie sobre salud sexual y reproductiva de Lancet, disponible en: *http://www.who.int/reproductivehealth/publications/general/srh_lancetseries_es.pdf* (consultada el 20 de junio de 2016).

DR © 2018. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/VPmqW5

recién nacido, brindar servicios de planificación familiar de calidad, incluyendo servicios de reproducción asistida".[22]

Asimismo, en el preámbulo[23] de la Declaración de Derechos Humanos (UNESCO) se da una redefinición del concepto de salud, en la que se tiene en cuenta su vinculación con factores sicosociales y culturales más allá de los progresos de la investigación científica.

> Esto implica que el derecho a la salud se inscribe en el contexto de los derechos humanos como derecho positivo, como verdadero derecho humano prestacional, y que, en consecuencia, se debe fomentar la promoción de la salud, considerada como un bien social humano, y las condiciones necesarias a tal fin.[24]

Acogiendo estos documentos, podemos señalar que los derechos reproductivos se encuentran incluidos en los derechos humanos,[25] en especial dentro de la libertad individual.[26]

---

[22] Véase Luna, Florencia, *Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina*, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos y la Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo, 2008, pp. 62 y 63.

[23] De acuerdo con Héctor Gros, no se le puede negar el carácter jurídico del preámbulo de un instrumento internacional, pero que tenga carácter jurídico no significa que posea una naturaleza normativa. Véase Gros, Héctor, "El Preámbulo de la Declaración Universal sobre la Bioética y los Derechos Humanos de la UNESCO", *Revista de Derecho y Genoma,* Bilbao, núm. 25, 2006, p. 81.

[24] Heinzmann, Mónica, "Aportes para la discusión de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos", en Andruet, Armando S. (comp.), *Bioética y derechos humanos,* Córdoba, Universidad Católica de Córdoba, 2007, p. 115.

[25] Véase Declaración Universal de Derechos Humanos, Nueva York, 10 de diciembre de 1948, artículos 3o., 16, 18, 25, 26. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 4 de noviembre de 1950, artículos 2o., 3o., 8o., 9o., 12. Dentro de éstos podemos mencionar el derecho a la vida, a la libertad, el derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la integridad física, a la libertad religiosa, ideológica y de conciencia, el derecho a la intimidad personal y familiar, el derecho al matrimonio y a fundar una familia, el derecho de la maternidad. Igualmente la Proclamación de Derechos Humanos, de Teherán, de 1968, habla del "derecho de los padres a determinar libremente y con responsabilidad el número y el espaciamiento de sus hijos". En su artículo 16, la Declaración sobre Progreso Social y Desarrollo, de 1969, también insiste en el derecho exclusivo de los padres en estos ámbitos, en su artículo 4o.

[26] Yolanda García afirma que "la libertad ideológica como libertad parcialmente informadora de la libertad de conciencia, así como los derechos fundamentales implicados en las nuevas técnicas de reproducción humana artificial constituyen el núcleo básico de lo que se podría denominar una ética civil mínima de obligado respeto, al menos desde una perspectiva occidental". Véase García, Yolanda, *Reproducción humana…*, *cit.*, p. 244.

DR © 2018. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/VPmqW5

Los derechos reproductivos de los seres humanos están, de forma fehaciente y clara, protegidos por los derechos humanos, por ser inalienables, integrales e indivisibles y tratarse de libertades fundamentales individuales o colectivas que son reconocidas por la comunidad internacional, a través de diversos instrumentos legales que deben ser adecuados a las legislaciones domésticas de cada Estado.[27] En este sentido, los derechos reproductivos son parte inalienable del ser humano y de sus derechos humanos fundamentales. Es algo que le pertenece a cada ser humano, no es un derecho que se pueda ejercer de forma mancomunada, aunque necesariamente se requieren dos personas para lograr la fecundación de un nuevo ser humano. Cada persona de manera individual decide si quiere o desea reproducirse.

En relación con la reproducción asistida, Robertson opina que el deseo de tener hijos se explica por la necesidad de la mayoría de experimentar la felicidad de ser padre, es decir, de crear una familia que suponga una conexión con el pasado y con el futuro de uno mismo. Por esta razón, las parejas infértiles tienen el mismo interés y la misma capacidad que las parejas fértiles para formar una familia y criar a los hijos. "La libertad reproductiva, en general, debe entenderse como un importante elemento integrador de la libertad personal de cada individuo".[28] El querer y tratar de tener un hijo es un ejercicio de la libertad reproductiva que tanto han aclamado los movimientos feministas, ya que la decisión de tener un hijo es un auténtico deseo y no es menos importante debido a las críticas sociales que el uso de las técnicas de reproducción asistida tiene.

Por lo que podemos afirmar que existe, dentro de los derechos fundamentales de los seres humanos, uno abocado a la reproducción, el cual emana directamente de la libertad de cada persona, es decir, cada individuo decide el cómo y el cuándo utilizarlo, pero lo más importante: no es un derecho absoluto, como ya lo hemos señalado, ya que no se puede obligar al Estado a que lo satisfaga. En este sentido, podemos decir que el derecho a la reproducción tiene límites, como cualquier derecho.

Una nueva visión sobre el derecho a la reproducción se va visto vulnerada en los tribunales de los Estados Unidos con un término nuevo, "el derecho a no ser padre", una situación que quizás en otros tiempos no se hubiera podido plantear, ya que la mujer, al quedar embarazada de forma

[27] El reconocimiento de los derechos reproductivos dentro de los derechos humanos se encuentra regulado desde los años sesenta; sin embargo, es hasta las conferencias de las Naciones Unidas de Viena (1993), del Cairo (1994) y la de Beijing (1995) que de manera expresa se protege y regula los derechos reproductivos como derechos humanos.

[28] Véase Alkorta, Itziar, *Regulación jurídica*…, *cit.*, pp. 70 y 71.

DR © 2018. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/VPmqW5

natural, el padre debía asumir las obligaciones parentales que esta gestación ocasionaba.

Sin embargo, esto ha cambiado, diversas Cortes a lo largo de ese país han negado a las mujeres el derecho a ser madres, favoreciendo a los varones en su derecho a no ser padres.[29] Situación que se da con la existencia de embriones crioconservados a través de una fecundación *in vitro*. La pareja que aportó su material genético para crear un nuevo ser decide separarse por cualquier causa y, posteriormente, estas mismas personas comienzan una disputa legal sobre quién tiene el derecho a decidir sobre el destino final de estos embriones.

El primer caso en que se planteó esta situación es el de *Davis vs. Davis*,[30] en el cual la Corte consideró que el derecho del padre a rehusarse a la paternidad estaba por encima del derecho de la madre a conseguir un embarazo por este medio y que, por tanto, se debía respetar el derecho del hombre a evitar la paternidad, por sobre el derecho de la mujer a convertirse en madre.

Por igual, en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se presenta el caso de, *Evans vs. Reino Unido*, el cual se presentó en contra de una resolución emitida por el Reino Unido de la Gran Bretaña. El caso trataba de una mujer, Natallie Evans, la cual, en octubre de 2000, fue informada de que se le había detectado tumores precancerígenos en ambos ovarios. Al ver que los tumores crecían despacio, la clínica le sugirió que, antes de proceder a la extirpación, había tiempo para extraer los óvulos y crioconservarlos. La señora Evans mantenía una relación estable, por lo que su pareja aceptó proporcionar su esperma para fecundar los óvulos y así proceder a su crioconservación y utilizarlos una vez que ella se hubiera recuperado de la cirugía. En mayo de 2002, la pareja se separó y el señor Johnson escribió a la clínica, notificando la separación y solicitando que los embriones fueran destruidos

La señora Evans inició una batalla legal para utilizar los embriones crioconservados, tanto el juez de primera instancia como el de apelación desestimaron la demanda. Habiendo agotado las instancias nacionales, la se-

---

[29] Véase Pachman, Tracey S., "Disputes over Frozen Preembryos & the Right not to be a Parent", *Columbia Journal of Gender and Law*, Nueva York, Columbia University, vol. 12, núm. 1, 2003.

[30] *Davis vs. Davis*, Tennessee Supreme Court, 842 S.W. 2d 588 (Tenn. 1992); *Kass vs. Kass*, Nueva York Supreme Court, 673 N.Y.S.2d 350 (N. Y. 1988), *A. Z. vs. B. Z.* Massachusetts Supreme Court, 725 N.E.2d 1052 (Mass. 2000); *Litowitz vs. Litowitz,* Washington Supreme Court 48 P.3d 261 (Wash. 2002), *J. B. vs. B. Z.* New Jersey Supreme Court, 783 A.2d 707 (N. J. 2001).

DR © 2018. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/VPmqW5

ñora Evans recurrió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el cual, señaló que era correcto que, si una de las partes revocaba su consentimiento, el procedimiento se interrumpiera, ya que la autorización es un elemento indispensable, y que, si no se tomara en cuenta, se violaría el respeto a la vida privada, reconocido en el artículo 8o. del Convenio, que comprende el respeto de las personas a tomar la decisión de tener o no hijos.

El TEDH decide respetar el derecho a no ser padre, sobre el derecho de la mujer a reproducirse. Alkorta considera que

> tanto el derecho a no procrear como el derecho a tener hijos biológicos poseen en principio igual estatus jurídico en los ordenamientos internacionales, ambos derechos, a procrear y a no procrear, tienen en principio el mismo rango, por este motivo, parece que, en lugar de adoptar una regla tajante al respecto (tal como hace la ley británica, favoreciendo siempre el derecho a no ser forzado a procrear), los tribunales deberían contar con un margen de apreciación de las circunstancias particulares del caso, llegando a una solución a través de la ponderación de los intereses en conflicto. Entendemos que una de estas circunstancias relevantes en las que la facultad de revocar el consentimiento podría ceder, es aquella en la cual la creación de embriones responda a la necesidad de crioconservar los óvulos de la paciente ante el riesgo cierto de que sea imposible obtener más gametos en el futuro, a consecuencia, por ejemplo, de un tratamiento oncológico.

A primera vista, la afirmación de que un individuo tiene derecho a no ser padre parece lógica, sin embargo, los tribunales han interpretado el derecho a no ser padre como un derecho constitucional que se deriva del derecho a la intimidad y el derecho a procrear. Las diversas resoluciones han sostenido que existe un derecho constitucional a la privacidad e intimidad; se concluye que el derecho a la procreación se compone de dos derechos de igual importancia, el derecho a procrear y el derecho a evitar la procreación. Sin embargo, el varón saldría más lesionado por la carga financiera y sicológica de la paternidad no deseada, que la mujer aun ante sus derechos y deseos de ser madre.[31]

II. Maternidad subrogada

El derecho a la reproducción, como ya lo hemos comentado, forma parte de la libertad personal. Sin embargo, ningún derecho tiene carácter absoluto y

[31] Esto en los argumentos que dio el Tribunal ante el caso *Davis vs. Davis*.

DR © 2018. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/VPmqW5

el derecho a la reproducción, como la misma libertad, tiene límites. La pregunta es, ahora, si el derecho a la reproducción legitima las prácticas de la maternidad subrogada o si, por el contrario, encontraríamos en su rechazo uno de los límites de aquel derecho. Por esta razón muchas legislaciones, entre ellas la española, ha prohibido este tipo de contratos, considerándolos nulos.

Puigpelat[32] opina que

> la prohibición de la maternidad por sustitución se ha justificado con diferentes argumentos. Los más frecuentes en su contra son: que es contraria a la dignidad de la madre y del hijo, que altera el orden natural, que entroniza la compraventa de los hijos, que puede dar lugar a la explotación de las mujeres pobres y que favorece sólo a las mujeres y parejas de las clases altas.

Jurídicamente, podríamos decir que la madre legal sería la subrogada, ya que es la que da a luz y, si ésta fuera casada, su marido es al que le correspondería la paternidad legal, esto con base en la máxima del derecho romano *mater samper certa est*, en la que se establece que la madre es siempre cierta.

> Esta máxima que consagra la atribución de la maternidad por el hecho del parto, se conmovió cuando la ciencia posibilitó que sea una mujer extraña a la autora genética la que lleva a cabo la gestación y el trabajo de parto. En otras palabras, el incólume principio *mater samper certa est* hace crisis, y en el momento presente deja de ser incuestionablemente un hecho cierto.[33]

Por lo tanto, para que se pueda tener certeza jurídica sobre la maternidad, es imprescindible que se regulen este tipo de acuerdos, más aún cuando es una realidad que se lleva a cabo cada vez con más frecuencia.

Sin embargo, varios autores consideran que un contrato de esta naturaleza no tendría validez, ya que el niño no es una cosa que pueda ser objeto de comercio. El embrión no puede ser susceptible de apropiación ni de libre circulación. El recién nacido no puede ser objeto válido de un contrato que implique su entrega ni su generación.

> Para estos autores, la gestación por sustitución supone una explotación de la mujer debido a que conlleva a la utilización de las mujeres pobres por las ricas

[32] Puigpelat Martí, Francesca, "Los derechos reproductivos de las mujeres: interrupción voluntaria del embarazo y maternidad subrogada", en Cruz Parcero, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo, *Debates constitucionales*…, *cit.*, p. 173.

[33] Lamm, Eleonora, "Gestación por sustitución, realidad y derecho", *Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2012, p. 14.

DR © 2018. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/VPmqW5

> o, como consecuencia del turismo reproductivo, a la utilización de las mujeres de los países del Tercer Mundo o periféricos, por las mujeres de países del Primer Mundo. Sin perjuicio de que también pueden conllevar a situaciones de abuso respecto de el o los comitentes, generalmente desesperados por tener un hijo.[34]

Por esta razón, para muchos autores, la única forma admisible de la maternidad subrogada es aquella que se lleva a cabo de forma gratuita. Y en este sentido, podemos afirmar que lo que está en discusión no es si la mujer tiene derecho a disponer de su cuerpo y engendrar un hijo ajeno, sino si se le puede obligar a renunciar a este niño que tuvo en su vientre por nueve meses, aun cuando no tenga un parentesco biológico con él.

La cuestión por determinar es si se violenta la autonomía de la mujer que se somete a un contrato de sustitución, ya que en opinión de Puigpelat el respeto de la autonomía y la responsabilidad personal no se garantiza sólo mediante el contrato, ni excluye que puedan establecerse restricciones a la libertad de disposición de las partes, en una relación contractual. Estas limitaciones se fundamentarían en el hecho de que parece dudoso que un mercado reproductivo, basado en la ley de la oferta y la demanda y la libertad de contratación, sea la forma más apropiada para conciliar los derechos de los progenitores y de los descendientes, así como para crear un marco propicio a las relaciones de vinculación e interdependencia afectiva.[35]

La realidad es que, antes de que existiera una legislación apropiada, en países como los Estados Unidos de América, las controversias por temas de maternidad subrogada comenzaron a surgir. Así se dio el famoso caso *Baby M*,[36] el de *Buzzanca vs. Buzzanca,*[37] asimismo, *Johnson vs. Calvert*.[38]

Sin embargo, con todos los problemas que se presentan desde el punto de vista jurídico, la maternidad subrogada es, para muchos, la única solución en el caso de aquellas mujeres que por algún problema no tienen útero o, después de varios embarazos fallidos, el médico considera que dichas mujeres son incapaces de gestar. También puede darse el caso de que el embarazo pueda ser peligroso para la salud de la mujer. En palabras de

---

[34] *Idem*.

[35] Puigpelat Martí, Francesca, "Los derechos…", *cit.*, p. 175.

[36] *In Re Baby M,* New Jersey, Supreme Court, 537 A.2d 1227, 109 N. J. 396 (N. J. 02/03/1988).

[37] *Buzzanca vs. Buzzanca,* California Court of Appeal, 1998, 61 Cal.App.4th 1410, 72 Cal.Rptr.2d 280.

[38] *Johnson vs. Calvert,* Supreme Court of California, 1993, 5 Cal.4th 84, Cal.Rptr.2d 494, 851 P.2d 776.

DR © 2018. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/VPmqW5

Puigpelat,[39] la maternidad por sustitución puede ser la única forma por medio de la cual una mujer puede satisfacer su proyecto de maternidad biológica, esto es así cuando por razones de salud no puede llevar a cabo por sí misma la gestación, pero tiene óvulos fecundables. El deseo de ser madre no puede minusvalorarse, y despreciarlo supone no sólo una falta de respeto a la autonomía personal, sino también desconocer el alcance que la reproducción tiene para el mantenimiento de cualquier sociedad. Las TRHA son el mecanismo más adecuado, pues refuerzan el deseo de maternidad biológica, al generar la expectativa de que gracias a ellas se podrán resolver todos los problemas de infertilidad.

Otra situación es el caso de las parejas de varones que desean tener un hijo; en esos casos, la única alternativa posible es, si uno de ellos quiere ser el padre biológico, una donación de óvulo y una mujer que geste ese bebé, es la respuesta para conseguir un hijo biológico de uno de ellos. Esta situación es más problemática en palabras de Puigpelat,[40] por lo que considera que la maternidad por sustitución debería admitirse cuando quien recurre a ella es una mujer que tiene óvulos fecundables, pero problemas médicos le impiden llevar a cabo la gestación.

En opinión contraria, Lamm[41] argumenta que debe recurrirse al principio de igualdad y no discriminación, para argumentar a favor de la regulación y admisión de la maternidad subrogada, ya que es la única opción que tiene una pareja formada por dos varones de tener un hijo genéticamente propio.

Por lo que nuestro primer cuestionamiento sería si estos contratos deben estar regulados; en segundo lugar, si debe existir una compensación por ellos.

Para dar respuesta a lo anterior, en primer lugar, expondríamos la opinión de Lamm,[42] la cual señala que

> la gestación por sustitución no viola el interés superior del niño debido a que el niño nace en una familia que lo deseó y no hubiera existido de no haberse recurrido a la gestación por sustitución. Además, el interés superior del niño exige la regularización de la gestación por sustitución, es decir, un marco legal que lo proteja y le brinde seguridad jurídica. No se puede dejar de advertir que de esa práctica nace un niño y el interés superior exige que las personas

[39] Puigpelat Martí, Francesca, "Los derechos…", *cit.,* pp. 175 y 176.
[40] *Ibidem,* p. 175.
[41] Lamm, Eleonora, "Gestación por…", *cit.,* p. 8.
[42] *Ibidem*, p. 10.

DR © 2018. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/VPmqW5

> que quieren ser padres puedan serlo, y que esa filiación sea reconocida legalmente.

Consideramos que esta opinión es acertada, ya que la única forma de garantizar la filiación del niño es a través de un contrato, por lo que estaríamos a favor, en primer lugar, de su regulación y aceptación.

Sobre el segundo punto, podemos señalar que, en países como Estados Unidos, donde en varios de sus estados (entre ellos, California) se permite la maternidad subrogada mediante pago,

> parece ser que al aceptar el hecho de que exista un mercado para algo como la sustitución demuestra que eso es lo que la gente desea y que, por lo tanto, es perfectamente razonable satisfacer esa demanda. Ese es un modo de ganar dinero tan bueno como cualquier otro "hueco del mercado". El que a un determinado número de personas no les gusten las madres sustitutas es completamente irrelevante.[43]

En este sentido, coincidimos con esa opinión, ya que creemos que el pago a la madre gestante es algo que permite que ambas partes reciban una retribución, asimismo creemos que esto no debe convertirse en un modo de vida, sino que debe hacerse de forma ordenada y regulada.

En este punto, quisiéramos externar nuestra experiencia[44] en la Ciudad de México, ya que hemos tenido la oportunidad de presenciar, por lo menos en los dos últimos años, un incremento en los acuerdos de subrogación en México. En estos acuerdos hemos visto que el nivel socioeconómico de las parejas solicitantes determina el monto por pagar a las madres subrogadas, quienes son, en su mayoría, madres solteras que tienen trabajos de medio tiempo debido a sus hijos, y esto contribuye a su manutención. En algunos casos, las sumas ascienden a quizás $20,000 dólares americanos y, en otros casos, pueden ser de $5,000 dólares americanos. Es, desde nuestra perspectiva, incoherente e injusto para estas mujeres no recibir una compensación adecuada. En este momento, al menos, lo que hemos tenido oportunidad de observar es que no se ha generado un tráfico de mujeres, ni de empresas que se dediquen a comercializar con estos acuerdos, en gran medida porque el reconocimiento de la filiación de estos hijos y, por consiguiente, el levantamiento del acta de nacimiento no es una tarea fácil, lo que ha propiciado que los acuerdos se realicen entre particulares y, generalmente, a través de

---

[43] Warnock, Mary, *Fabricando bebés*…, *cit.*, p. 108.

[44] Trabajamos como abogada externa de la Clínica de Fertilización Asistida en el Hospital ABC, Santa Fe, de la Ciudad de México.

DR © 2018. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/VPmqW5

personas con lazos de parentesco, laborales o sociales. Por esta razón, uno de nuestros planteamientos principales es que deben establecerse las pautas para permitir la maternidad subrogada, a través de una compensación adecuada, previamente establecida, y que, además, en estas pautas se limite el número de embarazos que las mujeres puedan llevar a cabo, precisamente para proteger su salud, y que no puedan ser objeto de abusos por estos acuerdos.

La compensación, para muchos, es contraria a la dignidad de la mujer. En nuestra opinión, es un apoyo y un respaldo dentro de una práctica común, como lo es la maternidad subrogada, es darle apoyo y protección a la madre gestante. En los países donde se autorizan estos acuerdos de forma gratuita, han modificado sus normas para regular de forma más abierta las compensaciones que la mujer puede recibir (como es el caso del Reino Unido), por lo que la tendencia es aceptar este tipo de acuerdos entre particulares, pero regulándolos de forma adecuada.

Como conclusión, podemos decir que la maternidad subrogada es una realidad, aunque existan países donde no hay legislación al respecto o, lo que es peor, se prohíba, objetivamente existen parejas buscando una mujer que geste a su hijo, el deseo de ser padres va por encima de cualquier limitación que la ley les imponga. Esto se demuestra con los casos que han llegado a los tribunales y, por supuesto, éstos son una mínima parte de la realidad. Lo adecuado, en nuestra opinión, es regular algo que verdaderamente se practica aunque la ley lo prohíba; es por esa razón que es indispensable regular y legislar este tema, buscando en todo momento la protección de ambas partes, es decir, la protección de la mujer gestante y, a su vez, la persona o pareja que contrata sus servicios. Un punto muy controversial, consideramos es que estos acuerdos únicamente pueden ser viables, si hay una compensación de por medio, ya que es la única forma equitativa en la que se puede manejar un contrato de esta índole; de otra forma, una parte estaría abusando de la otra y no se le estaría retribuyendo a la madre subrogada el tiempo invertido en lograr alcanzar el sueño de otra(s) persona(s). Por supuesto que esto debe estar regulado, tratando de prever situaciones complejas, evitando cualquier acontecimiento que pueda llegar a los tribunales, pues, como ya lo hemos analizado, es difícil tener en mente todas las posibilidades y puede suceder algo no previsto.

Siguiendo esta línea, Puigpelat[45] opina que la maternidad subrogada debería visualizarse como una forma de colaboración entre dos mujeres que se relacionan entre sí como personas concretas, para llevar a cabo un

[45] Puigpelat Martí, Francesca, "Los derechos…", *cit.*, pp. 177.

DR © 2018. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/VPmqW5

proyecto parental. El procedimiento adecuado para encauzar esta ayuda podría ser mediante un organismo público de sustitución, cuyo concurso no sería necesario, cuando la ayuda para la sustitución la presentase un familiar de la mujer que no puede gestar. La gestante podría estar remunerada, pero sólo podría llevar a cabo un número muy limitado de sustituciones y debería establecerse mecanismos que facilitasen la existencia de lazos afectivos entre la gestante y la criatura. Sobre este último punto, no consideramos sano para la salud síquica de la subrogada, ni para el saludable desarrollo del niño, la convivencia con la madre gestante. El vínculo afectivo y la relación madre e hijo se deben crear únicamente con la madre legal.

Con lo hasta aquí señalado, podemos afirmar que es necesaria la regulación de la maternidad subrogada, sin embargo, el problema de la utilización de estos procedimientos ha cruzado fronteras, debido a que, a nivel internacional, nos encontramos con una problemática importante, debido al crecimiento del turismo reproductivo en cuestiones de subrogación, esto se ha evidenciado a través de diversos documentos y acuerdos, entre ellos, el Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, Including Issues Arising from International Surrogacy Arrangements, emitido por la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya.[46]

Dentro de los cuestionamientos que se realizan en este documento, nos encontramos con la preocupación del incremento de acuerdos de maternidad subrogada que se llevan a cabo en diferentes partes del mundo. Esto ha traído, como consecuencia, la presentación de las siguientes problemáticas:

— Hay una preocupación sobre la falta de protección que los acuerdos acarrean a los niños nacidos a través de estos procedimientos, debido a que el padre o los padres solicitantes, pueden tener la intención de traficar, abusar u ocasionar daños irreparables a los menores, sobre todo en países donde no existe una regulación apropiada a la nación donde se realiza el acuerdo de subrogación.[47]

---

[46] *Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, Including Issues from International Surrogacy Arrangements, Document Draft up by the Permanent Bureau*, Preliminary Document no. 11 of March 2011 for the attention of the Council of April 2011 on General Affairs and policy of the Conference, Hague Conference on private International Law.

[47] Un ejemplo de esto se presentó cuando un hombre de 26 años realizó un acuerdo de subrogación en el estado de Pennsylvania, a través del cual la mujer gestante fue inseminada artificialmente con el esperma del padre solicitante. El bebé fue entregado al padre un día después de su nacimiento y el niño falleció aproximadamente seis semanas después como resultado de repetidos abusos físicos. Véase *Huddleston vs. Infertility Clinic of America Inc., Superior Court of Pennsylvania*, *Atl Report*, 700, 20 de agosto de 1997, pp. 453-462. Otro ejemplo es el caso *Stiver vs. Parker*: Judy Stiver realizó un contrato de subrogación, aceptando ser insemina-

DR © 2018. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/VPmqW5

— Hay una problemática real, que durante la gestación o al momento del nacimiento los padres solicitantes no deseen al hijo, ya sea porque la relación entre la pareja haya terminado o porque el niño traiga alguna enfermedad o incapacidad física o síquica. También está el problema de que la madre subrogada quiera quedarse con el niño, al momento del nacimiento.
— En cuanto a las madres subrogadas, hay una preocupación sobre su condición, debido a que muchas de estas mujeres son de baja condición socioeconómica, lo que involucra un nivel cultural bajo y esto se puede prestar a que las mujeres sean forzadas a realizar estas prácticas.[48] Además, tanto el pago como los cuidados médicos que se les brindan dependen de la pareja contratante y, en muchos casos, pueden ser arbitrarios.
— En cuanto a la pareja solicitante, sigue existiendo una mala información y un desconocimiento real sobre estas prácticas.[49] Además, las subrogaciones internacionales, que cada vez son más frecuentes, requieren un asesoramiento legal especial que, en muchos casos, es difícil de obtener. Asimismo, en ocasiones, los padres se han visto envueltos en problemas legales a causa de este tipo de negociaciones.[50]
— Las adopciones internacionales han traído innumerables problemas, entre ellos, que los niños nacen sin una filiación certera y sin una nacionalidad, por lo que no pueden ser llevados, en la mayoría de los casos, al país de residencia de los padres solicitantes.[51]

---

da con el esperma de Alexander Malahoff; el 10 de enero de 1983 nació el niño Christopher, el cual padecía de citomegalovirus, enfermedad transmitida a la madre a través del esperma no analizado del padre. Christopher nació con problemas de audición, retraso mental y un severo desorden neuromuscular. Véase *Stiver vs. Parker, United States,* Court of Appeals for the Sixth Circuit, 975 F.2d 261.

[48] Smerdon, Usha R., "Crossing Bodies, Crossing Borders: International Surrogacy between the United States and India", *Cumberland Law Review, Samford University*, vol. 39, núm. 1, 2008, pp. 15-86.

[49] En el caso del Reino Unido, *Re L [2010] EWHC 3146 (Fam*), el juez comienza diciendo: "Es importante observar que hasta los más dedicados y conscientes padres reciben una mala información…".

[50] En agosto de 2008, una pareja de la India fue detenida en el aeropuerto de Mumbai por intentar viajar con una menor de 16 meses a Canadá, para ser entregada a la pareja solicitante, asunto derivado de un contrato de subrogación. Esto se debió a que la niña viajaba con un pasaporte aparentemente falso, disponible en: *http://canadaimmigration.typepad.com/canada_immigration/2008/08/baby-girls-fake.html* (consultada el 1o. de junio 2016).

[51] Asimismo, se dio el caso de la pareja de varones españoles que se quedaron varados en Cancún varios meses a principios de 2015 cuando nacieron sus mellizos a través de la

DR © 2018. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/VPmqW5

La Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya considera que un posible contenido para un instrumento regulador del derecho internacional privado debería contener los siguientes aspectos:

— Reglas uniformes relativas a la jurisdicción de los tribunales u otras autoridades, para tomar decisiones sobre la paternidad.
— Normas uniformes sobre la ley aplicable.
— Normas correspondientes que establezcan el reconocimiento y la ejecución de dichas decisiones.
— Las normas uniformes sobre la ley aplicable a la determinación de la filiación legal por ministerio de ley o por convenio.
— La ley aplicable o principios de reconocimiento sobre la determinación de la filiación por el reconocimiento voluntario.

Podemos concluir que, en la actualidad, el turismo reproductivo en relación con la maternidad subrogada es una realidad que debe encaminarse a solucionar problemas, como los que han venido suscitándose. Tales son: que los niños nazcan sin el reconocimiento legal de quienes asumirán la filiación, sin un país que les reconozca nacionalidad alguna y con la inseguridad de que estos niños fueron concebidos a través de personas que realmente los desearon o los ven únicamente como un comercio o un negocio.

Creemos que es necesario y urgente que a nivel internacional se den pautas claras sobre cómo proceder ante estos aspectos. Es claro que cada país deberá hacer lo suyo de forma interna, pero debe existir una decisión a nivel internacional que proteja no sólo a los niños, sino también a las personas que recurren a estos acuerdos, en la mayoría de los casos porque en su país de origen no hay regulación (o la que existe les prohíbe realizarlos). Es claro que existe una mala información jurídica del cómo y en dónde se deben realizar estos acuerdos. Esta ignorancia trae como consecuencia un abuso excesivo: es tarea de los Estados realizar un frente común sobre este asunto.

III. Regulación mexicana de la maternidad subrogada

En este apartado, haremos un breve análisis de las legislaciones locales que regulan de alguna manera la maternidad subrogada.

---

maternidad subrogada en Tabasco y la Secretaría de Relaciones Exteriores, les negó sus pasaportes, disponible en: *http://www.sinembargo.mx/19-02-2015/1256763* (consultada el 1o. de junio de 2016).

DR © 2018. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/VPmqW5

La Ley para la Familia de Coahuila de Zaragoza que fue publicada el 15 de diciembre de 2015, acepta el uso de la maternidad subrogada.[52]

Autorizando el uso de este procedimiento a parejas unidas en matrimonio, concubinato o pacto civil de solidaridad y cuando exista una imposibilidad médica para gestar.

Divide a la maternidad subrogada en: *a)* parcial, cuando el embrión proviene de la pareja solicitante y una tercera mujer presta su vientre para el embarazo; *b)* maternidad onerosa, cuando existe un pago o retribución económica por el procedimiento y, *c)* maternidad altruista cuando la mujer gestante acepta el procedimiento de forma gratuita.

La mujer gestante debe tener entre 25 y 35 años de edad, contar con buena salud y el procedimiento se debe realizar ante notario público para verificar el consentimiento otorgado.

El Código Civil de Colima no regula el uso de las técnicas de reproducción asistida, sin embargo, en la sección tercera, referente a la adopción plena, se contempla que en los casos en que haya participado una madre subrogada, a través de una inseminación artificial o fecundación *in vitro*, y ella haya acordado la entrega del bebé a los padres solicitantes, éstos deberán recurrir a una adopción para asumir la filiación del hijo producto de este acuerdo.[53]

El Código Civil de Querétaro permite el uso las TRHA de forma individual, es decir, que no lo limita a las parejas unidas en matrimonio o concubinato, como lo hacen otros estados de la República mexicana. Igualmente señala que es indispensable el consentimiento del uso de las técnicas para poder asumir la filiación, establece que no se permite la maternidad subrogada,[54] ni la selección del sexo.[55]

El Código Familiar de San Luis Potosí hace una lista de las TRHA[56] aceptadas, que son IA, GIFT, FIV y el ICSI.

Asimismo se establece que el consentimiento en las TRHA será el vínculo de filiación con el hijo, independientemente de que sea un hijo biológico o haya existido donación de gametos.[57] El contrato de maternidad subrogada será considerado como inexistente y la filiación materna se establece por el parto.[58]

---

52 Artículos 381 a 405 de la Ley para la Familia del Estado de Coahuila de Zaragoza.

53 Artículo 410-B.

54 Artículo 400.

55 *Idem*.

56 Artículo 236.

57 Artículo 244.

58 Artículo 243.

DR © 2018. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/VPmqW5

El Código Familiar del Estado de Sinaloa incluye un capítulo sobre "Reproducción Humana Asistida y Gestación Subrogada".[59]

Permite el uso de las TRHA únicamente en parejas unidas en matrimonio o concubinato.

Regula la maternidad subrogada, en primer lugar, definiéndola como

> 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.

Sobre la mujer gestante, el Código señala que debe ser una mujer entre 25 y 35 años, madre de, al menos, un hijo consanguíneo sano, con una buena salud física y síquica, y que esta mujer haya otorgado su consentimiento. Además, no puede padecer de alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía.

El Código hace una relación de modalidades en los acuerdos de subrogación, y señala en primer lugar una subrogación total, que sería cuando la mujer, además de gestar, es madre biológica porque aporta sus óvulos. Subrogación parcial, cuando el embrión proviene de la pareja solicitante y la mujer gestante sólo presta su útero. Subrogación onerosa que sería 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 gestación" y, por último, habla de subrogación altruista, que es la que se da cuando la mujer gesta de manera gratuita.

El Código Civil del Estado de Tabasco fue el primero en regular el tema de la maternidad subrogada, por lo que su práctica ha sido bastante frecuente, de hecho ha sido denominado como un lugar de turismo reproductivo, ya que muchas parejas del extranjero han visitado ese estado para realizar un procedimiento de maternidad subrogada, lo que ocasionó que los medios de comunicación pusieran sus ojos en los problemas que se estaban suscitando, sobre todo en el reconocimiento de hijos nacidos de parejas del mismo sexo extranjeras.

Esta problemática trajo como consecuencia que el Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas, en sus observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto consolidados de México del 8 de junio de 2015 señaló:

[59] Del artículo 282 al 297.

DR © 2018. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/VPmqW5

> El Comité celebra la aprobación de la Ley General para Prevenir, Sancionar y erradicar los delitos en materia de Trata de Personas y para la protección y asistencia a las víctimas de estos delitos en 2012 y el establecimiento de una Comisión Intersecretarial en 2013. Sin embargo, le preocupa:
>
> b) La regulación de la subrogación en el estado de Tabasco ya que no proporciona suficientes garantías para evitar su uso como medio para vender a las niñas y niños.

El Comité recomendó a México que Tabasco revisara su legislación sobre la subrogación e introdujera las medidas necesarias para evitar su uso como un medio para la venta de niñas y niños.

Debido a esto, el 14 de diciembre de 2015 fue reformado el Código Civil de Tabasco, siendo publicado en el *Periódico Oficial* del 13 de enero de 2016, incluyendo las siguientes reformas:

Adiciona el capítulo VI bis de la gestación asistida y subrogada, en la que define que la gestación por contrato 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.

La gestación por contratos aceptará dos modalidades:

— Subrogada, que implica que la gestante sea inseminada con el material genético del varón que contrata y por consiguiente ella aporta sus óvulos.
— Sustituta, donde la gestante le son transferidos embriones obtenidos de la persona o pareja contratante.

Establece que la mujer gestante deberá tener entre 25 y 35 años de edad y podrá realizar un máximo de dos procesos de gestación por contrato.

Este tipo de contratos estará limitado únicamente para ciudadanos mexicanos que posean plena capacidad de goce y de ejercicio.

La mujer contratante debe acreditar, mediante certificado médico, que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para gestar en su útero y tener una edad entre los 25 y 40 años.

Se prohíbe que intervengan agencias, despachos o terceras personas, lo que ocasionaría la nulidad del contrato.

Por lo que a las reformas importantes se refiere, éstas se limitan únicamente para ciudadanos mexicanos y que la mujer contratante debe de tener una incapacidad física para gestar, por lo que limita que éstos contratos únicamente sean realizados por parejas heterosexuales o mujeres solas. Sin

DR © 2018. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/VPmqW5

embargo, sigue sin establecer se si estos acuerdos deberán ser gratuitos u onerosos.

1. *Reforma del Senado de la República*

A principios de 2016, la LXIII Legislatura de la Cámara de Senadores presenta el Proyecto de Decreto por el que se adiciona el artículo 61 ter y 462 ter, de la Ley General de Salud, en el que se presentarías las siguientes modificaciones:[60]

> Se define a la gestación subrogada por la práctica médica consistente en la transferencia de óvulos humanos fecundados en una mujer, producto de un espermatozoide y un óvulo de terceras personas. La gestación subrogada se realizará sin fines de lucro, habiendo un acuerdo entre las personas solicitantes y la mujer gestante, permitiendo la compensación de gastos médicos y otros derivados del embarazo, parto, posparto y puerperio.

La gestación subrogada estará permitida:

— Si existe una estricta indicación médica.
— Sin fines de lucro.

Habrá una sanción de seis a 16 años de prisión y multa en los siguientes supuestos:

— Al que obtenga el consentimiento de una mujer mediante pago de una contraprestación o aprovechándose de su situación de pobreza o ignorancia.
— Al que transfiera embriones a una mujer que ya haya sido sometida a dos embarazos previos por este tipo de acuerdos.
— El que realice este procedimiento para entregar el o los hijos resultantes de este procedimiento a parejas de nacionalidad distinta a la mexicana.
— Al que contrate una gestación subrogada y abandone a los menores resultantes de este procedimiento.

[60] Al momento de realizar esta investigación, el proyecto seguía pendiente; el dictamen quedó en comisiones de la Cámara de Diputados y sería en septiembre de 2016 que se discutiría nuevamente.

DR © 2018. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/VPmqW5

IV. La maternidad subrogada a nivel internacional

A nivel internacional, hay países que permiten el uso de la maternidad subrogada y otros la prohíben. En Europa, podemos decir que Alemania, Austria, España, Francia, Italia, Suecia, entre otros prohíben el uso de la maternidad subrogada; sin embargo, debido al turismo reproductivo, han tenido que tomar las medidas necesarias para regular este hecho, lo que ha complicado las cosas. A continuación se hará un breve análisis de algunos países que cuentan con regulación así como de resoluciones judiciales sobre el tema.

Brasil no cuenta con legislación específica sobre la materia. Al igual que en muchos países latinoamericanos, han existido muchas propuestas, pero no hay nada autorizado aún. Sin embargo, se acepta la maternidad subrogada, sólo si un pariente está dispuesto a someterse a dicho procedimiento. No se admite, en principio, la comercialización de este procedimiento.[61]

La resolución 1.358/92, después de 18 años de funcionamiento, recibió modificaciones en materia de reproducción asistida, maternidad subrogada y reproducción *post mortem*, las cuales dieron lugar a la presente resolución 1.957/2010, publicada en el *Boletín Oficial* del 6 de enero de 2011, del Consejo Federal de Medicina. Esta resolución contiene cambios en la reproducción asistida y las normas éticas aplicables a los distintos casos.

Está permitido utilizar el "remplazo del embarazo", es decir la maternidad subrogada, siempre y cuando haya un problema médico que no permita el embarazo. Para esto, es necesario que la mujer gestante pertenezca a la familia de la donante de óvulo en una relación genética de hasta el segundo grado. En caso de excepción a esta regla, se necesitará la autorización del Consejo Regional de Medicina respectivo.

La sentencia M.A.A. e W.A.A.,[62] del 29 de enero de 2012, da fe del nacimiento en Brasil de la primera niña inscrita como hija de dos padres varones. La gestante fue prima de uno de ellos, utilizaron un óvulo donado y el semen de uno de los dos padres. El juez Clicério Bezerr de la Primera Sala de Familia, en Recife, autorizó la inscripción. Brasil pertenece a un grupo de países que reconoce la paternidad legal de dos hombres, surgida sobre la base de un acuerdo de gestación por sustitución, siempre y cuando el semen provenga de uno de los comitentes. Sin embargo, existen muchas lagunas jurídicas en estos ámbitos del derecho.

---

[61] Luna, Florencia, *Reproducción asistida*…, *cit.*, p. 49.

[62] Caso por Processo de indicação de paternidade. Requerentes "M.A.A. e W.A.A." del 28 de febrero de 2012. Juízo de Direito da 1a. vara de família e Registro Civil da comarca do Recife.

DR © 2018. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/VPmqW5

Los padres comitentes solicitaron el reconocimiento simultáneo de la paternidad, la cual les fue, en un principio, negada, ya que se argumentaba que la paternidad solamente podía verificarse entre el donador de semen y la niña. Tomando en cuenta el vínculo afectivo entre los dos padres y reconociendo que llevan 15 años en unión y que anteriormente se les otorgó reconocimiento del matrimonio civil, se tendría que reconocer la paternidad simultánea de los dos, con base en la aplicación moderna de la hermenéutica jurídica.

Por otro lado, es importante mencionar que el 5 de mayo de 2011, los ministros del Supremo Tribunal Federal reconocieron la unión de personas del mismo sexo, y en consecuencia se reconocieron también los derechos que derivan de dicha unión. El problema yace en las lagunas jurídicas que existen en torno a las reglas aplicables a la maternidad subrogada y en la existencia de la discriminación hacia la paternidad homosexual. Este caso resaltó el hecho de que, efectivamente, aún existe una restricción hacia los derechos conferidos en las relaciones puramente homosexuales.

En la sentencia dictaminada por el juez Bezerr, se cita al constitucionalista alemán Peter Häberle, para enfatizar la necesidad de interpretar las normas y aplicar el derecho tomando en cuenta el tiempo y la realidad social del momento. El hecho de que se haya aprobado recientemente la unión de personas del mismo sexo en Brasil es un avance y un ejemplo de la aplicación de la hermenéutica jurídica.

La intención de negar la paternidad simultánea hacia los dos significaría una discriminación total hacia los derechos de las minorías. Al reconocerse la unión de dos personas del mismo sexo, se está reconociendo implícitamente, también, todos los derechos que derivan de esa misma unión. Los argumentos que intentan entorpecer la paternidad ejercida por una pareja homosexual están de más mencionarlos, ya que, como se ejemplifica en la misma sentencia, existen infinitas pruebas realizadas por diferentes investigadores que aprueban y dan el visto bueno a la paternidad homosexual.

El juez Bezerr en la sentencia menciona que negar la paternidad simultánea hacia los comitentes, existiendo válidamente una unión otorgada por el Estado entre ellos, sería una afectación directa hacia la dignidad humana y hacia los derechos derivados de la ciudadanía que se encuentran en la el artículo 1o. de la Constitución Federal Brasileira (CFB). Al establecerse una diferencia de derechos otorgados entre parejas heterosexuales y homosexuales, también se estaría violando el derecho de igualdad y el derecho hacia la intimidad consagrados en el artículo 5o. CFB. Por otro lado, existe una prohibición hacia la discriminación en el artículo 3o. CFB, la cual se traduce en la imposibilidad de marcar una diferencia hacia las minorías.

DR © 2018. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/VPmqW5

Por último, el derecho a tener hijos consagrados en el artículo 5o. CFB es el sustento y argumento de mayor peso a favor de los comitentes, independientemente de su orientación sexual.

Además, sería incongruente por parte del Estado brasileño legitimar la uniones homosexuales y al mismo tiempo negar el reconocimiento de la paternidad compartida. Si ese fuera el caso, se estaría frente a una discriminación explícita y sin lugar a dudas hacia la paternidad homosexual. Más allá, el Estado brasileiro acepta los mecanismos modernos de subrogación de vientre, estando consciente de todas las posibles reglas que tendrán que adecuarse y elaborarse para que se acoplen a nuestra realidad social.

El ejercicio de la paternidad es inherente al propio ser humano y, en este caso, el procedimiento se llevó a cabo conforme todas las reglas necesarias. La doble maternidad o paternidad no puede ser razón suficiente para negar el otorgamiento de éstas. Sería ilógico pensar que a una pareja heterosexual que se sometió a la maternidad subrogada con el material genético de uno solo de ellos le fuera negada la filiación. De la misma manera y con el mismo raciocinio, se tiene que analizar la petición por parte de los comitentes en recibir la paternidad simultánea.

El juez Bezerr, tomando en cuenta todos los documentos válidos y entregados por parte de los comitentes, a sabiendas de que el proceso de alquiler de vientre se llevó a cabo siguiendo los lineamientos legales y sin existir razones para negar la paternidad simultánea, la otorgó a los comitentes el 28 de febrero del 2012.

Por su parte, España cuenta con legislación en la materia desde 1988; es la Ley 14/2006, del 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida;[63] en ella considera nulo el contrato de maternidad subrogada y la filiación materna se dará en todo momento a través del parto. Sin embargo, los ciudadanos españoles —como otros europeos que no encuentran respaldo en su legislación— han realizado turismo reproductivo para conseguir un hijo a través de la maternidad subrogada y es interesante la forma como han resuelto el tema del registro de los niños producto de maternidades subrogadas realizadas en otros países.[64] Así, se presentó la Sentencia 668/2012, del

[63] *Boletín Oficial del Estado*, núm. 126, del 27 de mayo de 2006.

[64] El periódico *El País*, el 31 de marzo de 2013, relata la inscripción de unos gemelos nacidos a través de maternidad subrogada en California, Estados Unidos, en el Registro Civil español, esto se ha logrado debido a que el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Pozuelo, Madrid, ha homologado una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de California del condado de San Diego, en la que se declaraba la maternidad de la mujer con los gemelos, disponible en: *http://www.sociedad.elpais.com/sociedad/2013/03/31/actualidad/1364732233_808362.html* (consultada el 1o. de abril de 2013).

DR © 2018. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/VPmqW5

Tribunal Superior de Justicia de Madrid,[65] la cual es la culminación de todo un proceso judicial enfrentado por una pareja de varones que contrataron una madre subrogada en California, Estados Unidos, dando como resultado el nacimiento de una niña de nombre Manuela.

Esta sentencia es la respuesta a un Recurso de Suplicación[66] a través del cual el padre, en calidad de recurrente, solicita a la Tesorería General de la Seguridad Social, Instituto Nacional de la Seguridad Social, el abono directo de la prestación por maternidad, durante el periodo de 112 días, en que permaneció inactivo debido al cuidado de la niña Manuela.

A lo cual el Tribunal estimó el recurso de suplicación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4, de Madrid, del 4 de noviembre de 2011, en la que se reclamaba la incapacidad por maternidad, y en consecuencia, revocó la citada sentencia, declarando el derecho del actor a la prestación solicitada.

Todo este proceso inició porque el Registro Civil consular de Los Ángeles se negó inicialmente a la inscripción de nacimiento de la menor. El actor y su marido recurrieron a dicha resolución y, por el Ministerio de Justicia,[67] se les requirió la presentación de una resolución judicial dictada por el tribunal competente en la que se determinara la filiación del nacido, que fue remitida a la Dirección General de Registros y del Notariado, el 13 de enero de 2011. La Dirección General de los Registros y del Notariado dictó resolución el 3 de mayo de 2011, a través de la cual se concedió el registro de nacimiento de los padres. El 13 de julio de 2011, el Registro Civil consular de Los Ángeles, California, procedió a la inscripción del nacimiento de la

[65] Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social-Sección 4a., Juzgado de Origen, Juzgado de lo Social núm. 4 de Madrid de Demanda núm. 1251/2010.

[66] Sentencia 1875/2012.

[67] Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre Régimen Registral de la Filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 243, del 7 de octubre de 2010. En éste se anota que el Ministerio de Justicia, a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado, ha dictado una instrucción donde se establecen los criterios y fijan las bases para la inscripción en el Registro Civil de niños nacidos en el extranjero de madres gestantes que, en virtud de un contrato de gestación por sustitución, han renunciado a su filiación materna. Su exigencia permitirá controlar el cumplimiento de los requisitos del contrato respecto al marco legal del país donde dicho contrato se formalizó, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante. Con esta instrucción, se arbitran los instrumentos necesarios para que el menor tenga acceso al Registro Civil español, cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española, como vía de reconocimiento a efectos registrales de su nacimiento. En segundo lugar, se impide que la inscripción registral dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores y, en tercer lugar, debe evitarse la vulneración del derecho del menor a conocer su origen biológico.

DR © 2018. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/VPmqW5

menor, Manuela, en la que se indicaba que, donde dice "padre" debía decir "progenitor "A", y donde dice "madre" debía decir "progenitor B".

Este es uno de los muchos casos que se han presentado como consecuencia del turismo reproductivo en temas de maternidad subrogada, por lo que es favorable que la menor haya podido tener acceso a su derecho a ser reconocida y, por otra parte, abre una puerta al tema de la prestación por maternidad.

Los Estados Unidos de América es uno de los países donde la maternidad subrogada se realiza de forma frecuente, no en todos sus estados, pero sí en algunos donde la legislación favorece este tipo de contratos, con y sin pago de por medio.

A nivel constitucional, esa forma de maternidad se encuentra protegida de conformidad con la quinta enmienda, que protege el derecho a la privacidad, así como el derecho a que la pareja decida la forma en la que procrearán, el derecho a criar y educar a un hijo. Asimismo, la decimocuarta enmienda, la cual establece la igualdad de protección, protege a las mujeres que sufren alguna discapacidad para gestar, en el sentido que la ley estatal no prohíbe las técnicas de reproducción asistida cuando el varón es infértil o estéril. En el caso de las mujeres que sufren infertilidad y/o esterilidad, ellas deben tener el mismo acceso a estas técnicas a través de la maternidad subrogada.[68]

En años recientes, en los Estados Unidos de América,[69] 23 estados han adoptado leyes referentes a la maternidad subrogada.[70] Cabe señalar que la mayoría de estas leyes rechaza el pago por una maternidad sustituta a la mujer que presta su vientre para gestar el bebé de una pareja. El primer estado que aceptó estas medidas fue Michigan, en 1988,[71] sin embargo, estas leyes difieren en cómo se inclina la balanza en el caso de una disputa de custodia entre las partes involucradas en este proceso de maternidad subrogada, como son los donadores biológicos, y la mujer que presta su vientre para que se lleve a cabo el embarazo.

---

[68] Véase Spivack, Carla, "The Law of Surrogate Motherhood in the Unites States", *Oklahoma The American Journal of Comparative Law,* Oklahoma City University School of Law, vol. 58, 2010, pp. 97-114, disponible en: *http://works.bepress.com/carla_spivack/15/* (consultada el 21 de junio de 2016).

[69] Véase Blair, Marianne *et al.*, *Family Law in the World Community. Cases, Materials, and Problems in Comparative and International Family Law*, Estados Unidos de América, Carolina Academic Press, 2003, pp. 1042 y 1043.

[70] Spivack, Carla, "The Law…", *cit.*, pp. 97-114.

[71] Arras, John D. y Steinbock, Bonnie, "Ethical Issues in Modern Medicine", *cit.*, pp. 455 y 456.

DR © 2018. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/VPmqW5

Algunos estados han prohibido los contratos de subrogación, exista o no compensación económica, y han impuesto sanciones civiles y penales a quien realice un acuerdo de esta naturaleza.[72] Otros estados han decidido no prohibir a través de la ley los contratos de subrogación, pero han permitido que los tribunales los consideren nulos y, por consiguiente, ineficaces.

Por otra parte, seis estados[73] han rechazado la subrogación cuando existe un pago a la subrogada. Y cinco estados[74] han declarado que sólo serán válidos los contratos que sean gratuitos. Otros estados han regulado parcialmente la subrogación, pero no han estipulado si ésta debe ser a través de pago o no.[75] Muchos estados no tienen legislación en cuanto a la legalidad de los contratos y éstos se realizan con el riesgo de que, en caso de controversia, será un tribunal quien decida sobre la legalidad de los mismos.[76] Además, seis estados[77] han prohibido el pago a las agencias intermediarias que ponen en contacto a mujeres que desean ser gestantes y a los padres solicitantes.

Cabe mencionar que las leyes sobre la maternidad subrogada, en estados como Washington y Michigan, se incorporan al derecho de familia clásico, haciendo la determinación en cada caso y de forma individual, basándose en el bienestar del niño y sus intereses.

En los casos de New Hampshire y Virginia, se presupone que los donadores del material biológico para la procreación del bebé son los padres legales de éste; mientras que en Dakota y Utah, es al contrario: la madre subrogada y su esposo son los padres legales del bebé resultante de dicho embarazo y tiene que darse una adopción posterior al parto.

Finalmente, cabe señalar que Virginia y New Hampshire cuentan con una amplia regulación para la maternidad subrogada, que se realiza sin pago alguno, la cual incluye una evaluación médica y sicológica de la posible madre, para que estos datos se agreguen al contrato de maternidad subrogada, y éste pueda ser presentado frente a un juez para su autorización, antes de que se lleve a cabo el procedimiento. Aunado a esto, debe hacerse

---

72 Los estados son: Arizona, Distrito de Columbia, Indiana, Michigan y Dakota del Norte.

73 Kentucky, Louisiana, Nebraska, Nueva York, Carolina del Norte y Washington.

74 Florida, Nevada, New Hampshire, Nuevo México y Virginia.

75 Texas y Arkansas.

76 Alaska, California, Colorado, Connecticut, Delaware, Georgia, Hawaii, Idaho, Kansas, Maine, Maryland, Massachusetts, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, Nueva Jersey, Ohio, Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, Rhode Island, Carolina del Sur, Dakota, Vermont, Wisconsin y Wyoming.

77 Arizona, Distrito de Columbia, Kentucky, New Hampshire, Nueva York y Virginia.

DR © 2018. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/VPmqW5

un estudio socioeconómico de ambas partes, tanto de los donadores biológicos como de la pareja y de la madre sustituta para determinar que, en caso de cualquier problema, ambas partes puedan afrontar la paternidad del bebé.

Por otra parte, el artículo 8o. del Uniform Status of Children of Assisted Conception Act[78] cambia el término de madre subrogada por el de madre gestante, considerando que el término es más adecuado. Asimismo, la madre gestante, su esposo (si estuviera casada), el donador o los donadores y los que desean ser padres legales, deberán realizar un acuerdo por escrito en el que estipulen lo siguiente:

— La madre gestante acepta el tratamiento y la gestación a través de una técnica de reproducción humana asistida.
— La madre gestante, su esposo (si estuviera casada) y los donadores, renuncian a cualquier derecho sobre el futuro niño a favor de la pareja que desea la filiación.
— La aceptación de la filiación de los padres legales con el hijo, a través de una técnica de reproducción humana asistida, en la cual ambos deben de ser parte del acuerdo de gestación, porque será el medio de aceptar la filiación.
— Un acuerdo de gestación no será válido si la concepción fue realizada a través de una relación sexual.
— El acuerdo puede contener una contraprestación económica para la madre gestante.
— Un acuerdo no puede limitar los derechos a la salud de la madre gestante, ni servir para tomar las decisiones necesarias para salvaguardar su salud o la del embrión o feto.

Una vez nacido el bebé, a través de un acuerdo de gestación, los padres que asumieron la filiación deberán dar aviso al tribunal correspondiente, de que el niño nació a través de una madre gestante.

[78] El caso *Baby M*, en el que se disputó la maternidad entre la madre subrogada que, además, era la madre biológica, y la madre contratante, trajo como consecuencia que la Conferencia Nacional de Leyes Uniformes (NCCSL), diera como resultado la publicación de la Uniform Status of Children of Assisted Concepcion Act (USCACA), que privaba de todo valor legal a los contratos de maternidad subrogada. La propuesta recibió una sola adhesión y cayó en el olvido. Ante el fracaso de la propuesta, la NCCSL retomó la cuestión proponiendo una nueva norma, más permisiva, sobre la subrogación. Véase Alkorta, Itziar, "Regulación de la medicina reproductiva en Norteamérica o el salvaje oeste de la medicina (parte II)", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 19, 2003, pp. 58 y 59.

DR © 2018. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/VPmqW5

Johnson vs. Calvert[79] fue el primero que se presentó en la Corte de California, donde se disputaba un contrato de maternidad subrogada, en que la subrogada no era la madre biológica. Ya antes se había analizado algunos otros casos en que la subrogada era, además de la madre gestante, la madre biológica, al haber proporcionado el óvulo de la fecundación. El primer caso que se presentó, como ya lo hemos señalado, fue el de *Baby M.*[80] Al final, la Corte reconoció que, de conformidad con la ley, sólo puede ser reconocida a una persona como madre legal, y que Anna Johnson no tenía ningún vínculo legal ni biológico con el bebé que dio a luz en julio de 1993. Ella apeló la resolución de la Suprema Corte de California ante la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos de América, sin embargo, la apelación fue rechazada. Al término de las disputas legales, Christopher Michael tenía tres años y nueve meses de edad.

Asimismo, el caso *Buzzanca vs. Buzzanca*,[81] se presenta el caso de una pareja que contrata una madre subrogada y acepta la donación de gametos femenino y masculino, durante el embarazo la pareja se divorcia y el esposo en la demanda de divorcio marca que no hay hijos, y la mujer declara que está por nacer un hijo de la madre subrogada, sin embargo, el varón argumenta que no tiene relación biológica con la menor y que además su cónyuge no gestó. Después de una disputa legal, la Corte resolvió que el consentimiento al uso de la técnica de fecundación asistida, así como a la maternidad subrogada, es el vínculo de filiación que se crea; ese acto de voluntad es el lazo de paternidad, aunque no exista ese vínculo biológico. Es un precedente importantísimo para el uso de la maternidad subrogada y la donación de gametos.

El Reino Unido es el país pionero en los temas de reproducción asistida, naciendo en 1978 Louise Brown, la primera niña concebida a través de una fecundación *in vitro.* La legislación vigente es la Human Fertilisation Act de 2008, aunque hay legislación desde 1990; igualmente cuentan con la Surrogacy Arrangements Act, la cual regula la maternidad subrogada, aceptando su uso, pero prohibiendo el pago por el procedimiento, considera que estos acuerdos no pueden conformar un acto comercial, sin embargo, la mujer gestante puede recibir una compensación razonada. La publicidad, así como las agencias que comercialicen estos procedimientos, se encuentran prohibidos.

---

[79] *Johnson vs. Calvert,* Supreme Court of California, 1993, 5 Cal.4th 84, Cal.Rptr.2d 494, 851 P.2d 776.

[80] Véase *supra* nota 2.

[81] *Buzzanca vs. Buzzanca,* California Court of Appeal, 1998, 61 Cal.App.4th 1410, 72 Cal.Rptr.2d 280.

DR © 2018. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/VPmqW5

Es una de las legislaciones más sólidas, ya que ya han pasado las épocas tormentosas de discusiones en los tribunales por estos temas, la maternidad subrogada está consolidada en aquel país como una práctica cotidiana, siempre y cuando no se constituya un acto comercial.

Suecia es pionera en la legislación sobre la reproducción asistida, emitiendo su primera legislación en 1981, tres años después del nacimiento de Louise Brown, la legislación vigente es de 2006 a través de la Ley 2006/351, a través de la cual la maternidad subrogada no es permitida, ya que la Ley habla de que la reproducción humana asistida sólo puede ser realizada en una pareja unida en matrimonio o concubinato.

Debido a esta prohibición se presenta el caso resuelto por la Suprema Corte de Suecia (caso NJA 2006 E 5151-04 del 7 de julio de 2006),[82] donde se discute la maternidad de un hijo gestado por maternidad subrogada.

Los hechos se refieren a una pareja casada que no podía tener hijos de forma natural, por lo que la hermana del cónyuge varón aceptó someterse a un procedimiento de fecundación *in vitro*, en Finlandia, para gestar un embrión proveniente del óvulo y del esperma de la pareja solicitante. El niño nació en mayo de 2002. Después del nacimiento confirmaron la paternidad genética del hombre y fue registrado como el padre legal y le fue entregado el menor para su custodia.

En 2004, la madre biológica y la que deseaba asumir la filiación solicitó la adopción del menor y su cónyuge dio su consentimiento para tal acto.

En el momento en el que se dio este procedimiento, la Ley vigente en Suecia era la Ley 1988/711 sobre fertilización *in vitro*, derogada por la Ley 2006/351 sobre integridad genética, que entró en vigor el 1o. de julio de 2006, ambas legislaciones prohíben la maternidad subrogada, sin embargo, el legislador no consideró necesario tipificarlo como delito.

El Tribunal de Distrito autorizó la solicitud de la mujer biológica, pero en ese momento la pareja ya había solicitado el divorcio, y el varón presentó una apelación a dicha sentencia ante el Tribunal de Apelaciones revocando su consentimiento para la adopción.[83] El consentimiento del varón era necesario de conformidad con el artículo 4.3 y 5 bis del Código Parental.

La mujer solicitante apeló la decisión del Tribunal de Apelación ante la Suprema Corte. Dentro de esta revisión, se analizó que la subrogación no

[82] Högsta Domstolens Beslut, meddelat i Stockholm den 7 juli 2006, Mål nr Ö 5151-04, disponible en: *http://www.hogstadomstolen.se/Domstolar/hogstadomstolen/Avgoranden/2006/2006-07-07_O_5151-04_beslut.pdf* (consultada el 18 de junio de 2016).

[83] Sentencia dictada el 25 de noviembre de 2004, OA 7600-04 por el Tribunal de Distrito.

DR © 2018. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/VPmqW5

se permite en la legislación sueca y que la mujer que da a luz al niño es la madre legal.

Asimismo se estudió que el varón no había otorgado su consentimiento para la adopción, requisito indispensable que no se podía ignorar.

La decisión de la Suprema Corte no fue unánime. La mayoría de los jueces resolvió que debía negársele la adopción a la mujer que aportó el óvulo, sin embargo, dos de los jueces consideraban que la adopción de esta mujer debía ser aprobada, ya que ella era la madre biológica y, de esta forma, ella podría tener acceso a través de visitas al menor, esto con la intención de buscar el mayor interés del niño.[84]

Este caso demuestra, nuevamente, que llevar a cabo un procedimiento de subrogación con el apoyo de una legislación pone en riesgo la filiación del menor, ya que, aunque la mujer era la madre biológica, y había otorgado su consentimiento para la utilización de la técnica de reproducción asistida y el uso de la maternidad subrogada, no pudo acceder a la maternidad legal, por ser estos acuerdos prohibidos en Suecia y debido a que el varón no autorizó su adopción.

Para realizar estos acuerdos de subrogación, la ley debe establecer las bases necesarias que protejan la filiación de los padres, ya que es la única forma que se puede garantizar los derechos del menor, que son, entre otros, a nacer en una familia que asumirá hacia él los derechos y obligaciones internacionalmente reconocidos.

V. Turismo médico reproductivo

La negativa por parte de diversos estados de aceptar el uso de la maternidad subrogada, no ha frenado el deseo de las personas de convertirse en padres de forma biológica, por lo que muchas parejas viajan a lo largo del planeta a países, donde la legislación es más permisiva, además se ha visto que el costo económico también ha orillado a las parejas a recurrir a lugares donde es menor.

[84] María Emilson considera que el hecho de que parejas sin hijos decidan tenerlos con ayuda de una madre de alquiler puede tener, como lo relata el caso *NJA 2006 s. 505*, problemas legales y personales para todos los involucrados, ya que hay una discrepancia entre la legislación y el comportamiento real de las personas, desafortunadamente esta decisión repercute en el niño en cuestión. Véase Emilson, María, *Surrogatmoderskap: en Analys av den Förbjudna Formen av Assisterad Befruktning*, tesis presentada en Juridiska Fakultenen vid Lunds Universitet, 2010.

DR © 2018. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/VPmqW5

En las reproducciones transnacionales se confrontan múltiples problemas sociales, ya que normalmente son países más pobres los que ofrecen estos procedimientos, donde mujeres de un medio socioeconómico menor y con un nivel profesional inferior se prestan a ser madres gestantes, en la mayoría de los casos, porque la gratificación económica les ayudará a mejorar su calidad de vida.[85]

Sociólogas como Amrita Pande[86] han manifestado la forma en la que las mujeres son reclutadas o convencidas en India para ser madres gestantes, recibiendo por un embarazo, lo que su cónyuge percibe en un periodo de trabajo equivalente a cinco años, estas mujeres tienen por un lado la revalorización en el núcleo familiar por el aporte económico, pero deben de ceder el tiempo del embarazo para renunciar a su familia y a su vida, viviendo en albergues especiales, donde cuidan de su salud y la del bebe que viene en camino, es una contradicción como de alguna manera estas mujeres renuncian a su libertad, por tener una mejor calidad de vida después; un punto importante de señalar es que no son obligadas, sino que lo hacen con plena convicción de que es algo que será benéfico para su familia.

Países como la India, Nepal, Tailandia[87] y recientemente México se han convertido en lugares donde las parejas viajan a conseguir ese deseo, ya sea porque en sus países no es permitida la maternidad subrogada o está prohibida para parejas del mismo sexo.

A su vez, la India, en un inicio incentivó el turismo reproductivo, realizando actos como bajas tasas de interés tanto para establecer hospitales como para adquirir medicamentos; facilitó la importación de equipos, en fin, apoyó a la industria a establecerse de una manera fácil y económica

---

85 Véase Whittaker, Andrea, "Merit and Money: The Situated Ethics of Transnational Commercial Surrogacy in Thailand", *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*, vol. 7, núm. 2, otoño de 2014, pp. 100-120.

86 Véase Pande, Amrita, *Wombs in Labor. Transnational Commercial Surrogacy in India*, Columbia University Press, 2014.

87 Una investigación realizada en Tailandia sobre la maternidad subrogada pudo dar a conocer datos sobre las causas por las cuales las mujeres responden a los anuncios que buscan mujeres gestantes, las cuales, en algunos casos, lo hacen por razones económicas. Ellas reconocen que la subrogación les dará altas sumas de dinero que no las podrían obtener de otra forma. En muchos casos, ese dinero lo aplicarán en adquirir una preparación que les ayude en el futuro conseguir un mejor trabajo. Asimismo, aceptan la subrogación guiadas por motivaciones sociales y culturales y no sólo económicas. Tailandia es conocido por ser un país pobre donde hay una gran explotación sexual, y es interesante que, aunque algunas de las mujeres en realidad eran pobres, la mitad de las participantes eran mujeres de clase media, con estudios, lo que hace suponer que no se guían únicamente por el factor económico. Véase Hibino, Yuri y Shimazono, Yosuke, "Becoming a Surrogate Online: Message Board, Surrogacy in Thailand", *Asian Bioethics Review*, vol. 5, Issue 1, marzo de 2013, pp. 57-72.

DR © 2018. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/VPmqW5

y con esto atrajeron a muchas parejas a lo largo del planeta que deseaban buscar un hijo a través de la subrogación, sin embargo, la falta de una verdadera asesoría jurídica provocó que las parejas se arriesgaran a viajar a ese país, para después tener una problema jurídico real al querer que sus países de origen reconocieran la filiación y la nacionalidad de esos hijos nacidos en el extranjero.[88]

Un ejemplo claro es la reciente resolución del caso ante el TEDH de *Mennesson vs. Francia*,[89] una pareja de franceses que realizaron una maternidad subrogada en California, Estados Unidos de América y después su país de origen les negó el reconocimiento de filiación y de nacionalidad a las dos menores resultado de dicho procedimiento.

Esta problemática de reconocimiento de la nacionalidad ha traído como consecuencia que países como la India hayan limitado recientemente el uso de la maternidad subrogada para ciudadanos de aquel país, ocurriendo lo mismo en el estado de Tabasco, ya que así evitan este tipo de problemáticas.

La Conferencia de la Haya emitió un reporte de expertos sobre filiación y subrogación en febrero de 2016,[90] en el cual se establece la preocupación de la discrepancia de las legislaciones a lo largo del planeta, lo que favorece el turismo reproductivo, lo que ocasiona que se vean vulnerados los derechos de los hijos nacidos en el extranjero.

Esos datos nos hacen concluir que sí es complicada la legislación internacional por su disparidad, lo es más aún en países como México donde no tenemos una legislación federal que respalde los actos que se realicen aquí, por lo que si no queremos que los problemas continúen debemos de impulsar una legislación seria al respecto.

VI. Propuesta de legislación

A continuación, dedicaremos estas líneas para señalar algunos de los puntos más importantes que consideramos deben ser regulados en un nuevo intento legislativo.

---

88 Véase Nadimpally, Sarojini, "Globalisation of Birth Markets: a Case of Assisted Reproductive Technologies in India", *Globalization and Health*, 2011, núm. 7, p. 27.

89 Caso de *Mennesson vs. France*, Application 65192/11, 26 de junio de 2014.

90 Report of the February 2016 meeting of the experts 'group on parentage/ surrogacy. Hague Conference on Private International Law, disponible en: *https://assets.hcch.net/docs/f92c95b5-4364-4461-bb04-2382e3c0d50d.pdf* (consultada el 21 de junio de 2016).

DR © 2018. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/VPmqW5

En primer lugar, consideramos que es importante definir de forma correcta a los sujetos que actuarán en la maternidad subrogada, llamándoles "padres solicitantes o legales" a la pareja que asumirá la filiación y "madre gestante subrogada" a la mujer que gestará.

En este mismo sentido, la legislación británica Surrogancy Arrangements Act de 1985 define a la madre subrogada como aquella mujer que, a través de un acuerdo previo, gestará un bebé ajeno.[91] La doctrina normalmente ha definido a la madre subrogada como a la mujer que presta su cuerpo para gestar un bebé, por lo que es un error de las diversas propuestas legislativas manifestar lo contrario.[92]

Los contratos de maternidad subrogada tienen en sí una problemática intrínseca, a nivel nacional e internacional; hemos hecho una crítica sobre su aplicación, pero hay una realidad innegable y ésta es que las personas recurren a ella.

Consideramos que es necesario en primer lugar su regulación para que con esto se puedan dar las pautas que los acuerdos de subrogación deben de contener.

Para determinar la legalidad de estos acuerdos, primero hay que establecer quién puede ser esa mujer que gestará, ya que hay casos en los que una hermana[93] o una amiga, de forma desinteresada, desee gestar un hijo ajeno, pero esto sería la excepción, la mayoría son mujeres que quieren, a través de este tipo de contratos, obtener un beneficio, aunque las razones por las cuales las mujeres aceptan someterse a este tipo de contratos es muy variado.

En repetidas ocasiones, se establece que la maternidad subrogada se deberá realizar sin fines de lucro, tanto para los padres legales como para la mujer gestante. La legislación británica[94] señala la misma limitación, sin

---

[91] Surrogate Arregement Act, 1.

[92] Javier Gafo señala que "la maternidad/madre subrogada es la que se origina por la gestación de un ser humano en el útero de una mujer, en nombre y por comisión o encargo de otra a quien se le entregará al recién nacido como a madre propia", Gafo, Javier, *Nuevas técnicas de reproducción humana*, Madrid, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, 1986, p. 91.

[93] Contraria a esta disposición de la Ley, en Israel, a través de la Ley 5756-1996, se autorizan los acuerdos de maternidad subrogada, sin embargo, quedan estrictamente prohibidos que se realicen dentro de los miembros de la familia, en esto incluye a la madre, hija, nieta, hermana, sobrina o tía, es decir, la madre que gestará al bebé no puede tener ningún lazo de parentesco con la mujer que aceptará la filiación. *Cfr*. Blair, Marianne *et al.*, *Family Law in the World Community, Cases, Materials, and Problems in Comparative and International Family Law*, *cit*. pp. 1052-1053.

[94] La Surrogacy Arrangements Act de 1985 artículo 1(4).

DR © 2018. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/VPmqW5

embargo, debido a que tres estados de México[95] han abierto sus legislaciones autorizando la maternidad subrogada (Coahuila, Sinaloa y Tabasco), esta prohibición se contradice con éstas.

En nuestra opinión el pago es una forma de salvaguardar los derechos de la mujer gestante. En México se han presentado situaciones reales quizás documentadas únicamente con base en la experiencia, en donde la compensación sin una regulación adecuada ha llegado a convertirse en un medio de coerción o de violación de derechos humanos, al obligar a mujeres que quizás tengan una relación laboral con alguna de las personas que desea contratar una madre subrogada, y aquéllas, con poca información y educación, aceptan un acuerdo a cambio de una cantidad económica, la cual no podrán exigirla al momento del nacimiento, debido a una prohibición por parte de la legislación.

Por nuestra parte, hemos podido constatar que la compensación que se les brinda es muy variada y esto va de la mano con la situación socioeconómica, tanto de la pareja que solicita el servicio como de la mujer que se presta a la gestación, lo que nos parece arbitrario.

En nuestra opinión, una regulación adecuada brinda una protección para ambas partes, ya que, como hemos señalado, la mujer gestante puede ser víctima de arbitrariedades, pero también lo puede ser la persona (o pareja) que solicita la gestación. Si estos contratos son regulados, las reglas son claras para ambas partes, ninguna de las personas involucradas podría exigir más de lo que la ley les brinda.

Sobre este asunto muchos opinan que, si se permite una compensación a la mujer gestante,[96] esto provocará que las mujeres pobres sean explotadas por las personas con dinero, pero en nuestra opinión, la única forma de evi-

---

[95] De acuerdo con Ingrid Brena, "Actualmente en México se están llevando a cabo procedimientos de maternidad y gestación subrogada. Esta situación y la insuficiencia legal convierten en urgente la necesidad de reflexionar sobre el impacto que tales procedimientos generan en las personas involucradas y también en la sociedad", Véase Brena, Ingrid, "La gestación subrogada. ¿Una nueva figura del derecho de familia?, en Brena, Ingrid (coord.), *Reproducción asistida*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 141.

[96] En un programa norteamericano, en el cual se entrevistaron a 28 mujeres que se convertirían en madres subrogadas, de seis diferentes programas, revelaron que no participan en este tipo de acuerdos por el dinero, la ayuda altruista era su principal motivación, que la remuneración era una simple compensación por el trabajo familiar realizado, el pago sería utilizado no sólo en su persona, sino sobre todo en su familia; lo consideraban un trabajo de medio tiempo. Asimismo consideraban que el pago recibido era insuficiente en compensación con los nueve meses de gestación. Adicionalmente, el poder cumplir el deseo de otra persona de ser padre, era algo que no se podía compensar de una forma económica. Véase Williams-Jones, Bryn, "Commercial Surrogacy and the Redefinition of Motherhood", *The Journal of Philosophy, Science & Law*, vol. 2, febrero de 2002.

DR © 2018. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/VPmqW5

tar esta explotación no es prohibiendo su uso, sino implementando una ley apropiada la cual regule la maternidad subrogada, que proteja los intereses de ambas partes.[97]

Como hemos podido observar en el tema de la maternidad subrogada, no hay un acuerdo internacional, algunos países han optado por que estos acuerdos deben ser nulos y que la maternidad se debe establecer por el parto (por ejemplo, España y Suecia), por otra parte, hay naciones, como el Reino Unido, que aceptan los acuerdos de subrogación siempre que no haya pago a la mujer gestante. En México no hay uniformidad; es más, ni siquiera todos los estados cuentan con regulación sobre el tema.[98]

Para poder establecer una regulación, es necesario, primero, reconocer el problema y los efectos jurídicos que el uso de estas prácticas produce en las personas involucradas y en la sociedad. "La laguna ha permitido que estas prácticas se realicen con graves riesgos para los participantes. ¿Cómo reglamentar los acuerdos de gestación subrogada y fijar sus efectos?".[99]

En los estados donde estas prácticas son usuales, se realizan a través de contratos privados entre particulares, de conformidad con la regulación vigente en México. Esto no sería tan sencillo de implementar, porque, primero, debemos preguntarnos, cuál es el objeto del contrato, ¿se trata de un contrato de hacer o de dar? La validez del contrato es también cuestionable, si el cuerpo no puede ser objeto de contrato, de conformidad con el artículo 327 de la Ley General de Salud que prohíbe el comercio de órganos, tejidos y células.

En ese mismo sentido, la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO, en su artículo 21, establece que los Estados deben luchar contra el tráfico ilícito de órganos, tejidos, muestras, recursos

---

97 Para los autores Ramskold y Posner, una verdadera regulación internacional sobre la materia es la única forma de resolver los problemas legales y éticos que enfrentan los contratos de maternidad subrogada. Véase Ramskold, Louise A. H. y Posner, Marcus P., "Commercial Surrogacy: How Provisions of Monetary Remuneration and Powers of International Law can Prevent Exploitation of Gestational Surrogates", *J. Med Ethics Published Online First*, 26 de febrero de 2013. *www.jme.bmj.com* (último acceso 22 de junio de 2016).

98 Lo más indicado sería una regulación federal que pueda dar los lineamientos del cómo aplicar y resolver los acuerdos de subrogación. Esta legislación evitaría que llegaran a los tribunales disputas legales, la compraventa de menores, así como el comercio de agencias dedicadas a reclutar mujeres, explotándolas y violentando sus derechos humanos, se evitaría las discrepancias en el momento del pago por la gestación. Véase Drabiak, Katherine, Wegner *et al.*, "Ethics, Law and Commercial Surrogacy: A Call for Uniformity", *Journal of Law, Medicine & Ethics*, vol. 35, Issue 2, verano de 2007, pp. 300-309.

99 Brena, Ingrid, "La gestación subrogada. ¿Una nueva figura del derecho de familia?", *cit.*, p. 145.

DR © 2018. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/VPmqW5

genéticos y materiales relacionados con la genética. Asimismo, los artículos 20 y 21 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina señalan que el cuerpo humano y sus partes no deberán ser objeto de lucro.

En nuestra opinión, la diferencia es que no se está vendiendo el cuerpo humano, ni el producto de la gestación; lo que se estaría haciendo con la maternidad subrogada es que la madre gestante reciba una remuneración por el tiempo en el que colaboró con la gestación de un hijo ajeno. Estaríamos hablando de una obligación de hacer y no de dar, y aquí cabría la autonomía de la persona. El artículo 5o. de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO señala que se deberá respetar la autonomía del ser humano, en lo referente a la facultad de adoptar decisiones, asumiendo la responsabilidad de éstas y respetando la autonomía de los demás.

Esta autonomía de que se habla no incluye que el ser humano pueda disponer libremente de su persona y de su cuerpo, ya que no podría uno convertirse por decisión propia en esclavo, pues esto violaría el derecho humano a la libertad y a la dignidad. Al igual que no puede vender uno partes de su cuerpo, por esa misma violación.

> Lo anterior nos ayuda a entender que las partes de nuestro cuerpo jamás pueden estar sujetas a un acuerdo de voluntades de tipo patrimonial, ni dicho acuerdo puede ser validado ante las instituciones jurídicas de nuestro país, en virtud de que un elemento que nos distingue y nos da la categoría de persona es un cuerpo físico, y, por tanto, como elemento de la personalidad, el cuerpo humano o cualquiera de sus componentes en ningún momento puede ser objeto de contrato, sólo puede ser sujeto de derecho.[100]

En la maternidad subrogada, no se mutila ni se vende el cuerpo, sino que hay una retribución por el tiempo invertido en cumplir el deseo de otra persona, es por esto que consideramos que se puede equiparar a un contrato en el cual se asume la obligación de hacer algo.

Además debemos establecer que el embrión (y posteriormente el feto) no forma parte del cuerpo de la mujer. En este sentido, si el feto no forma parte de la mujer y ésta puede decidir sobre la vida del mismo, consideramos que el realizar un contrato con la finalidad de gestarlo, no debe estar

[100] Rodríguez López, Dina, "Nuevas técnicas de reproducción humana. El útero como objeto de contrato", *Revista de Derecho Privado,* UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, nueva época, año IV, núm. 11, mayo-agosto de 2005, pp. 97-127.

DR © 2018. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/VPmqW5

prohibido. El objeto del contrato es precisamente prestar un servicio por medio del cual, una de las partes se compromete a gestar un embrión, y la otra, a dar una contraprestación económica.

Ahora bien, un segundo problema que encontramos sobre el objeto del contrato es la ilicitud que se puede presentar, ya que la madre gestante, al momento del nacimiento, deberá renunciar a sus derechos filiales o los cederá en favor del padre o la madre biológicos (persona solicitante).

En opinión de Dina Rodríguez,

> el objeto de estos contratos presenta otra imposibilidad e ilicitud, pues también se contempla que la madre sustituta, una vez que haya nacido el menor, renunciará a todos sus derechos filiales y los cederá a favor del padre biológico y consentirá en la adopción del menor por la mujer comitente; esto, simple y sencillamente no puede darse en nuestro sistema jurídico, porque todos los derechos y obligaciones de familia son irrenunciables, intransferibles y no están sujetos a negociación, pues, para el legislador mexicano, las cuestiones de familia tienen un tratamiento especial y prioritario, pues se les considera de orden público e interés social, como lo dispone el artículo 138 ter del Código Civil para el Distrito Federal.[101]

Lo anterior es una realidad, el derecho de familia es un asunto de orden público e interés social, por esta razón aquí tendríamos que establecer un asunto que ya hemos señalado con anterioridad, en los temas relacionados con las TRHA: la filiación se establece a través del consentimiento y no por el vínculo biológico, por lo que el legislador debe tomar esto en cuenta a la hora de regular estos aspectos, porque, en este caso, la persona que solicita el acuerdo de subrogación asume, en el momento en el que se transfieren los embriones al útero de la mujer gestante, la filiación legal con ese hijo ya es, a partir de ese momento, su padre o su madre legal.

En nuestra opinión, los contratos de subrogación podrían tomar de los acuerdos de servicios profesionales algunos elementos; son bilaterales, pues existe una mujer que gestará y otra que solicita el servicio; pueden ser onerosos o gratuitos (como ya lo ha establecido el estado de Sinaloa); pueden ser conmutativos, ya que las partes pueden establecer la compensación que se recibirá, pero creemos que la ley debe marcar los parámetros que se deberán respetar. Para que pueda surtir efectos necesariamente es un acuerdo consensual, donde ambas partes deben recibir previamente toda la información necesaria para dar un consentimiento de forma autónoma.

[101] *Ibidem*, p. 111.

DR © 2018. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/VPmqW5

Adicional a todo lo mencionado, un punto importante que el legislador no debe olvidar sobre estos acuerdos, son las agencias que se hicieron tan famosas en el Reino Unido en la década de los ochenta que promovían la maternidad subrogada y que cobraban una comisión por hacer el acuerdo entre las partes. La decisión del Reino Unido, a través de la Surrogacy Arrangements Act de 1985, fue de sancionar a las empresas que pretendían dar publicidad o que buscaran mujeres que desearan asumir este tipo de obligaciones. Por lo que apoyaríamos esta resolución. Creemos que este tipo de negocios puede abusar de los derechos de las mujeres y es mejor que exista una regulación sobre este tema.

En conclusión, consideramos que los acuerdos deben ser regulados como acuerdos entre particulares, con los lineamientos pertinentes que la ley les debe establecer para garantizar los derechos y las obligaciones de ambas partes

Ahora bien, otro punto importante es hablar sobre los varones que intervienen en la subrogación; en primer lugar, es importante aclarar que, de conformidad con el Código Civil del Distrito Federal, existe una presunción de paternidad para los hijos nacidos por cualquier TRHA, como hijos consanguíneos que adquieren todos los derechos y obligaciones que surgen a través de la paternidad, igual que si fueran hijos biológicos. Éstos asumirán la filiación con sus padres, siempre y cuando estos últimos hubieran consentido el uso de la tecnología. En este sentido el hombre solicitante, es el que debe asumir la filiación con ese hijo aun cuando no exista un lazo biológico con él, por ejemplo en el caso de donación de esperma. Lo que hay que señalar y regular con claridad es la forma como el varón que asumirá la filiación emitirá su consentimiento.

Además, es importante establecer el vínculo que pudiera llegar a tener el esposo o la pareja de la madre gestante; ésta es una laguna importante, ya que su opinión debe de estar plasmada. Entendemos que la reproducción, como ya lo hemos comentado, es un derecho individual que emana de la libertad, sin embargo, normalmente, cuando uno está unido en matrimonio o concubinato es algo que se hace de común acuerdo, y más tomando en cuenta que, en la legislación mexicana, ningún otro hombre que no sea el de la mujer casada puede reconocer a un hijo como propio, salvo que éste lo haya desconocido, por lo que sería absurdo tener que desconocer a un hijo que de antemano se sabe que no es suyo y que fue concebido a través de un contrato, por lo que debería de plasmarse que el cónyuge de la mujer gestante no asumirá la filiación del hijo producto de un acuerdo de maternidad subrogada. En resumen, el cónyuge o concubino de la mujer gestante

DR © 2018. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/VPmqW5

deberá también aceptar de antemano que no lo une ningún lazo biológico ni legal con ese bebé.

Dentro de los derechos que deben de quedar plasmados en los acuerdos de subrogación son los referentes a los derechos de maternidad, de conformidad con la Ley Federal del Trabajo, las mujeres que trabajen y que se encuentren embarazadas deberán gozar de ciertos derechos que emanan de la misma Ley.

Esto, consideramos, es bastante coherente y la mujer gestante debe gozar de estos derechos, sin embargo, creemos que la mujer contratante deberá también gozar, de conformidad con la fracción II del artículo 170, de gozar de seis semanas posteriores al parto, para poder atender y cuidar a un bebé recién nacido, alimentarlo y vigilarlo de forma adecuada. Asimismo, creemos que, aunque quizás no sea ella quien le proporcione directamente la lactancia, deberá tener derecho al plazo que marca la Ley para poder alimentarlo y cuidarlo, ya que, aunque no sea la mujer que dio a la luz, de conformidad con la Ley, está asumiendo la filiación con ese hijo y, por consiguiente, las obligaciones que emanan de ésta.

En este sentido, la Ley Federal del Trabajo deberá contemplar este tipo de situaciones en caso de que estos contratos sean aprobados en nuestro país; ambas mujeres deben de gozar del periodo de posparto, la mujer gestante para recuperarse del embarazo y la persona que asumirá la filiación, con el fin de tener un tiempo especial durante el cuidado del recién nacido, por lo que consideramos importante que sea regulado e incluido en la legislación.

Otra situación que es importante establecer es el derecho de la mujer gestante a decidir libremente respecto a la interrupción del embarazo hasta la décima segunda semana en los términos que establece el artículo 144 del Código Penal del Distrito Federal, sin que sea causa de responsabilidad civil.

En este sentido, estaríamos de acuerdo con el derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo, sin embargo, en este caso, el bebé que está dentro de ella, en primer lugar, no le pertenece, por no tener un lazo biológico con él y, en segundo lugar, ella firmó un contrato para gestar un hijo ajeno. Son situaciones de mucho compromiso que la mujer debe asumir antes de decidir realizar este tipo de negociación. Desde nuestra perspectiva, la redacción del artículo deberá estar encaminada a que, si la salud de la mujer gestante corre peligro o su vida, o existe una indicación médica para ello, el aborto será el camino por seguir sin ningún requisito adicional, tal cual lo estipula el Código Penal. Pero si la mujer desea abortar sin existir una causa médica, deberá notificarlo a la pareja solicitante, y será responsable de los gastos que la pareja solicitante hubiera realizado en ella, inclu-

DR © 2018. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/VPmqW5

yendo los tratamientos de fecundación *in vitro* para lograr su embarazo y, por supuesto, de la intervención quirúrgica si quiere realizar el legrado. No se le puede obligar a continuar con un embarazo no deseado, debe tener el mismo derecho que cualquier mujer, pero esta acción debe tener como consecuencia la responsabilidad de subsanar los gastos que la pareja hubiera realizado sobre la gestante, y esto debe estar regulado y contemplado dentro del acuerdo y la normativa que la regula.

En cuanto a la filiación, es importante salvaguardar la integridad del menor, por lo que es necesario que no quede asentado la forma de la concepción del menor, salvo que la mujer gestante fuera también la madre biológica (que no es lo recomendable) consideramos que cuando la mujer gestante diera a luz se presentará con el instrumento debidamente firmado y registrado ante notario público para asentar dentro de la partida de nacimiento el nombre de los padres contratantes y ya con esto se pudiera llevar a cabo el levantamiento del acta de nacimiento, sin hacer ninguna mención de la subrogación.

Desde nuestra perspectiva, dichos datos deben ser confidenciales y por ningún motivo pueden ser revelados, ya que no tienen ningún interés para nadie. Deben ser utilizados como datos estadísticos, y evitar con ello que mujeres tengan como oficio dedicarse a gestar hijos ajenos; es importante que se asiente el número de gestaciones para limitarlas máximo a dos.

Dentro de las obligaciones que se asumen en el acuerdo, es necesario contemplar los hechos no deseables que a veces ocurren en la vida diaria, hay situaciones adversas se presentan y consideramos que la ley debe de dar una respuesta a éstas. Es preferible regularlas a dejarlas en manos del juez que pudiera llegar a conocer el caso. Por sólo mencionar algunas consideramos las siguientes:

Qué sucedería si llegara a ocurrir la muerte de la pareja solicitante, en este caso, sería importante hacer conscientes a las personas de la tutela (legítima y testamentaria), ya que en ella pueden elegir a la persona idónea para que pueda hacerse cargo del menor, pero esto debe de estar claro y establecerse en el instrumento de subrogación, para que la mujer gestante no sea la responsable de esta labor, en caso de faltar la pareja solicitante. La ley debe establecer en caso de que no hubiera quién asumiera la patria potestad, de forma obligatoria, una tutela testamentaria, si llegaran a faltar ambos padres, es decir, al igual que con un hijo propio, la pareja debe establecer quién asumirá la tutela de ese hijo; esto debe estar establecido en el mismo contrato o instrumento de maternidad subrogada, junto con el consentimiento de ambos padres.

DR © 2018. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/VPmqW5

Una segunda problemática sería que la madre gestante muera; por eso es de suma importancia que se establezca la obligación de que la pareja solicitante le pague un seguro de vida, para que con esto pueda cubrirse, si es que ella llegara a tener hijos o dependientes económicos, una pensión para ellos. Por lo que, dentro del acuerdo de subrogación, la pareja solicitante deberá comprometerse a pagar la prima correspondiente del seguro de vida por el tiempo que dure la gestación de la mujer y, al menos, 60 días posteriores al parto si llegara a ocurrir alguna complicación derivada del embarazo.

Asimismo, se debe prever que la salud de la madre gestante pudiera verse afectada debido al embarazo y, por esta razón, la pareja solicitante deberá cubrir un seguro de gastos médicos, que incluya no sólo el embarazo, el parto y el posparto, sino incluso cualquier complicación derivada de éstos, es decir, los gastos médicos que la mujer gestante llegare a necesitar para restablecer su salud. Por lo que, además del seguro de vida, se debe contemplar, dentro del acuerdo, un seguro de gastos médicos mayores que cubran cualquier eventualidad y no se deje a la mujer desprotegida.

Ahora bien, aunque un embarazo es algo natural y normal en el desarrollo de cualquier mujer, se debe contemplar casos extremos, como lo serían, en primer lugar, que la mujer gestante quedara estéril después del parto, debido a la extirpación de útero por cualquier complicación médica. Este caso debe ser contemplado en el acuerdo, si la mujer gestante será compensada económicamente por esta eventualidad. En el contrato también se debe contemplar otro tipo de consecuencias que la mujer deba superar una vez llegado el parto, como podría ser una diabetes gestacional, en que la mujer deberá tener un seguimiento médico adecuado, posterior al parto, el cual debe ser cubierto por la pareja contratante.

A continuación, haremos mención de algunos requisitos adicionales que no se han mencionado aún y que deben ser indispensables para las personas involucradas en la maternidad subrogada, los cuales son los siguientes:

Es necesario que la mujer gestante cuente con certificado expedido por un médico siquiatra o sicólogo especializado en temas de reproducción, que determine que la mujer está en condiciones sicológicas y/o siquiátricas adecuadas para llevar a término un embarazo ajeno. Además, deberá ser necesario un certificado médico que acredite que la mujer no ha estado embarazada durante el año previo a esta nueva transferencia. Un certificado emitido por el organismo o la comisión revisora que acredite que la mujer no ha participado en ningún otro contrato de maternidad subrogada o lo ha hecho una sola vez anterior.

Por su parte, la pareja solicitante, a través del acuerdo que se realice, deberá establecer que asumirán la filiación del hijo que nazca producto

DR © 2018. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/VPmqW5

del contrato de gestación. Independientemente que tenga(n) o no un lazo biológico con ese niño. Asimismo, deberán garantizar las siguientes obligaciones con la mujer gestante: el pago de los honorarios acordados; el pago del procedimiento *in vitro*, incluyendo los gastos médicos, los medicamentos y análisis; así como los cuidados médicos durante la gestación, el parto y el puerperio; la ayuda sicológica y/o siquiátrica que requiera la mujer durante todo el proceso; los gastos generados por el embarazo, como pueden ser la ropa necesaria para el uso diario, el transporte para las visitas médicas, etcétera; los gastos legales generados por el contrato; el pago de un seguro de gastos médicos y un seguro de vida.

El instrumento de maternidad subrogada, a su vez, debe ser un documento elaborado por un abogado, el cual debe ser certificado por un notario público, quien deberá dar fe de que el consentimiento otorgado por la mujer gestante y por la pareja contratante es otorgado de forma libre, consciente e informada. Asimismo, deberá ser llenado y firmado antes de que el procedimiento *in vitro* comience, al tiempo que sea registrado ante el organismo o comisión verificadora para dar cumplimiento a la formalidad del procedimiento.

Éstos creemos que son, a grandes rasgos, los lineamientos generales que deben tomarse en cuenta por el legislador a la hora de regular la maternidad subrogada, una práctica que apoyamos, ya que consideramos que es una realidad innegable, pero que, para que tenga un buen funcionamiento, debe estar basada en una normativa apropiada.

DR © 2018. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México