

EL DEBATE

María de Montserrat PÉREZ CONTRERAS*

SUMARIO: I. *Aproximación al tema.* II. *Derechos reproductivos y derecho de procreación.* III. *Argumentos a favor y en contra de la maternidad subrogada.* IV. *Reflexiones finales.*

I. APROXIMACIÓN AL TEMA

Se le da el nombre de maternidad subrogada al acto de reproducción que se realiza cuando el nacimiento de un hijo se presenta como consecuencia de la participación de una mujer que lleva a término el embarazo bajo las condiciones de un pacto y que se compromete a entregar al nacido a aquellos que han solicitado sus servicios y que para tales efectos serán reconocidos como la madre, el padre o los padres y que tendrán el ejercicio de todos los derechos establecidos por el derecho de familia y patria potestad sobre el menor.¹ La maternidad subrogada plantea entonces la posibilidad de que una mujer que no está en posibilidades de tener y llevar a término un embarazo pueda tener descendencia.

En este sentido cobra importancia frente a los argumentos a favor y en contra de la maternidad subrogada, señalar las bases sobre las que descansa el derecho a la salud sexual y reproducti-

* Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

¹ Guzmán Ávalos, Anibal, *La filiación en los albores del siglo XXI*, México, Porrúa, 2005 p. 188. Investigador en salud reproductiva en el Instituto Nacional de Perinatología.

va. Este incluye, como veremos, el acceso a las técnicas de reproducción asistida y los mecanismos para hacerlas efectivas como es el caso de la maternidad subrogada.

En materia de salud, en el ámbito internacional de los derechos humanos de las mujeres, se reconoce y se protege el derecho a la salud reproductiva, que es definida como:

94. Salud reproductiva es el estado general de bienestar físico, mental y social y no sólo a la ausencia de enfermedad o dolencias en todo lo relacionado al sistema reproductivo, sus funciones y sus procesos.

Salud reproductiva implica la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria, la capacidad de reproducirse o procrear y la libertad de decidir libremente cómo y cuándo hacerlo. Esta implica el derecho del hombre y la mujer a ser informados y tener acceso a métodos de planificación familiar, seguros, efectivos, accesibles y aceptables de su elección; así como a otros métodos de su elección para la regulación y tratamiento de la procreación y fertilidad, que no se contrapongan a la ley.²

Como se puede observar, el reconocimiento del derecho a la salud y en particular a la salud reproductiva como derecho humano, impone deberes al Estado en cuanto a su obligación de respetar el ejercicio a la libertad de procreación e igualmente a la prohibición de establecer restricciones que hagan imposible el ejercicio de este derecho.

Por ello es fundamental el trabajo que el Estado mexicano haga respecto al marco de regulación dirigido a la protección de los derechos humanos, y en este caso particular, de los derechos sexuales y reproductivos.

Todo lo anterior, así como la práctica de las técnicas de reproducción asistida y sus procedimientos obligan a considerar la existencia y regulación³ del derecho a la procreación.

² Naciones Unidas, Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, 1995.

³ García, Carlos, *Maternidad subrogada en Sonora*, en <http://hgatt.com/2010/02/03/maternidad-subrogada-en-sonora/> (23/03/2010).

II. DERECHOS REPRODUCTIVOS Y DERECHO DE PROCREACIÓN

El derecho de procreación debe ser entendido como una libertad que reconoce, protege y garantiza la autonomía física y de voluntad de las personas; tiene un aspecto positivo, el que le permite al hombre o a la mujer decidir libremente sobre la decisión de tener o no hijos y el espaciamiento de los mismos, ya sea por la vía natural o por medio de las técnicas de reproducción asistida y sus mecanismos de realización.⁴

El derecho a la reproducción o procreación tiene su fundamento en el valor libertad, en la dignidad de la persona humana, en el reconocimiento de sus derechos y libertades fundamentales, en el derecho que tiene a su desarrollo integral, en el derecho a la intimidad, entendido como el respeto a la vida privada, como la capacidad de la persona a decidir de forma autónoma y sin interferencia aquello que afecte su vida y su ámbito familiar; en el derecho a fundar una familia.⁵

Obviamente, por sus mecanismos, procesos y consecuencias tiene mayor relevancia jurídica y efectos en cuanto a su valoración jurídica la posibilidad de decidir sobre procrear mediante técnicas de reproducción asistida, y en este caso, sobre la maternidad subrogada, que la decisión de procrear naturalmente.

Podemos afirmar que el derecho de procreación tiene un vínculo con el derecho a formar una familia. Si bien existen Constituciones que no reconocen el derecho a formar una familia expresamente, sí establecen, como en el caso de nuestra Constitución general, en el artículo 4o. el mandato de que la ley secundaria regulará lo correspondiente a la familia: “[é]sta

⁴ Marín Vélez, Gustavo Adolfo, *El arrendamiento de vientre en Colombia*, Medellín, Universidad de Medellín, 2005, pp. 63 y 64, y Marrades Puig, Ana I., *Luces y sombras del derecho a la maternidad, análisis jurídico de su reconocimiento*, Valencia, Universidad de Valencia, 2002, pp. 92 y 93.

⁵ Gómez Sánchez, Yolanda, *El derecho a la reproducción humana*, Monografías jurídicas, Madrid, Marcial Pons-Universidad Complutense de Madrid, 1994, pp. 40-42.

protegerá la organización y el desarrollo de la familia”, es decir encarga al legislador y a las autoridades⁶ competentes la protección social y jurídica de la misma. Formar una familia es un acto de la libertad individual y una vez constituida debe ser protegida en los términos señalados, lo que nos permite afirmar que este derecho no es constitucional sino legal, en términos de que será la ley secundaria la que regulará lo relativo.

De igual forma, el derecho a fundar una familia encuentra fundamento como un derecho humano protegido por instrumentos internacionales en la Convención Universal de Derechos Humanos,⁷ en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,⁸ en la Convención Americana de Derechos Humanos,⁹ y por lo tanto obtiene reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico al estar ratificados y ser ley vigente en el territorio nacional.

Este derecho en la doctrina comprende: “el ejercicio a la reproducción o procreación, puesto que las relaciones de la vida familiar nacen y se expresan en tanto que se gesta una nueva generación”.¹⁰

Por otro lado, el derecho de procreación, en el caso de las técnicas de reproducción asistida, y en el caso específico de la maternidad subrogada, no debe o no puede estar sujeto al estado civil de las personas, en concreto a la existencia del matrimonio o el concubinato. La misma legislación civil no limita los fines del

⁶ Arámbula Reyes, Alma, *Maternidad subrogada*, Cámara de Diputados, Servicios de Investigación y Análisis, Subdirección de Política Exterior, Centro de Documentación, Información y Análisis, 2008. pp. 108 y 109, en www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf (23/03/2010).

⁷ Artículo 12, adoptada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de Naciones Unidas.

⁸ Artículo 23.1, ratificado por México el 23 de marzo de 1981 y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de mayo de 1981.

⁹ Artículo 17, ratificada por México el 24 de marzo de 1981 y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de mayo de 1981.

¹⁰ Domínguez Rodrigo, L. M., *Los derechos procreativos como expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad en el seno de las unidades familiares no matrimoniales*, Madrid, Civitas, 1989.

matrimonio a la procreación, hecho que puede o no presentarse dentro del mismo; en el caso de la adopción se permite la posibilidad de que los adoptantes lo hagan independientemente del estado civil, y también establece la igualdad de los hijos independientemente de la situación que guarden los padres frente a su estado civil. Cualquier distinción en este aspecto lleva implícitos actos de posible discriminación, que además atentarían contra lo dispuesto en el artículo 1o. constitucional.

Así las cosas, encontramos legislaciones que prohíben y otras que reconocen como ejercicio del derecho a la reproducción a la maternidad subrogada.

III. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

Los argumentos para el primer grupo sobre la inconveniencia jurídica y social de la regulación que permita la maternidad subrogada se integran por las siguientes afirmaciones:

El derecho de procreación o derecho a la reproducción puede tener límites frente a la ley, ya sea las mismas garantías y derechos reconocidos en la Constitución y leyes secundarias, los derechos de los demás y a las necesidades sociales. Entonces, la interpretación de los contenidos y alcances de los derechos y libertades reconocidas deben extenderse hasta donde sea posible, sin vulnerar otros valores, derechos, garantías y principios reconocidos. Es decir, que puede ser limitado por la ley cuando esto constituya una medida necesaria para proteger la salud, la moral, prevenir el delito o los derechos y libertades de los demás, garantizar el bienestar de los hijos, el interés superior de la infancia, pero no frente a la libertad de los individuos a decidir tener los hijos que deseen.¹¹

La maternidad subrogada tiene su fundamento en que se lleva a cabo mediante alguna modalidad de contrato entre las par-

¹¹ Gómez Sánchez, Yolanda, *op. cit.*, pp. 50, 60 y 62.

tes, que son la madre que gesta y la pareja que finalmente figura como padres del recién nacido.

Sin embargo, debido a que los asuntos de derecho de familia se consideran de interés público,¹² por los valores éticos que lleva implícito y la función social que los rige, cualquier renuncia o transacción quedan como regla general prohibidas en el orden familiar.¹³

Por ello se señala que existe nulidad de pleno derecho respecto de cualquier acuerdo o contrato de maternidad subrogada o alquiler de vientre, ya que lleva implícito el que se está realizando una transacción sobre la gestación que llevará a término una mujer, la que se obliga a renunciar a la filiación biológica para ceder todos los derechos reconocidos por el derecho a la pareja o individuo que contratan o convienen para tener descendencia.

El derecho establece que la filiación materna¹⁴ se reconoce por el parto, es decir, madre es la que pare al hijo, lo que plantea, desde este punto de vista, que es la madre sustituta a la que el derecho reconoce como madre y por ende, y de igual forma, se previene la nulidad del contrato o convenio de subrogación materna. Por ello, para que proceda el establecimiento de la filiación para la o los contratantes la vía jurídica pertinente será la adopción.

Por otro lado, en el caso de la fijación de la filiación paterna,¹⁵ cuando sea el contratante quien preste el esperma, éste será el padre biológico y legal del nacido y adquirirá las obligaciones que

¹² Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, artículo 940: Todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público, por constituir aquella la base de la integración de la sociedad.

¹³ Código Civil para el Distrito Federal.

¹⁴ Leonseguí Guillot, Rosa Adela, "La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo", *Boletín de la Facultad de Derecho*, UNED, núm. 7, 1994, pp. 335-337. Véase en <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:BFD-1994-7-F4D6AC07&dsID=PDF>.

¹⁵ Richard Muñoz, María Paz, "Régimen jurídico de la maternidad subrogada", ponencia presentada en septiembre de 2008 en el congreso virtual interinstitucional: *Los grandes problemas nacionales*, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Comisión Bicameral del Sistema de Bibliotecas, Secretaría General, Secretaría de Servicios Parlamentarios y Universidad Autónoma

conforme a derecho corresponden respecto al mismo. En caso de que no sea el donante, éste no tiene ningún vínculo con el nacido, por lo que en su caso para el establecimiento de la filiación deberá atenderse a la figura que lo permite, que en su caso será la adopción.

Se señala que no se puede contratar sobre la gestación o la entrega del nacido, ya que no se trata de cosas o de objetos de comercio o transacción. Se dice que atenta contra la dignidad humana de la mujer gestante y del nacido, quien ya es sujeto de protección por el derecho.

Igualmente se afirma que en ejercicio de los derechos y libertades reconocidas no se legitima cualquier disposición que las personas quieran hacer de su cuerpo, por lo que la legislación puede establecer límites en este sentido, no sólo para este caso exclusivamente.¹⁶

La prohibición de la maternidad subrogada tiene como objeto evitar que tanto la madre gestante como el nacido sean considerados para prácticas de comercio ilícitas o antiéticas que violentan los derechos humanos de la mujer y el interés superior de la infancia.

En el caso de la segunda corriente, es decir, aquellos que permiten la regulación de la maternidad subrogada, se establece:

Que la norma constitucional confiere a la pareja o individuos el derecho a decidir libre y responsablemente sobre la conformación de su familia, la procreación o no de hijos y en caso afirmativo su número y espaciamento, como base fundamental de los denominados derechos sexuales y reproductivos que se consideran en dos vertientes: en el derecho a la atención a la salud reproductiva y sexual y en el derecho a la autodeterminación reproductiva y sexual, lo que coincide con la definición que se estableció en la IV Conferencia sobre la mujer que define un derecho humano.¹⁷

de Nuevo León, pp. 10-16, Véase en www.diputados.gob.mx/cedia/sia/redipal/CVI-19-08.pdf (02/03/2010).

¹⁶ Gómez Sánchez, Yolanda, *op. cit.*, p. 53.

¹⁷ Marín Vélez, Gustavo Adolfo, *op. cit.*, pp. 118 y 119.

Si bien existen legislaciones, como la colombiana, en la que se establece una autorización para la procreación asistida, entendida como asistencia científica para tales fines, en otras no es así, pero mediante la extensión que se hace de los derechos humanos a las garantías constitucionales se considera esta posibilidad, es decir la reproducción humana asistida y sus métodos y procedimientos.¹⁸

La posibilidad de hacer uso de tales técnicas para la procreación encuentra sustento en la necesidad de resolver problemas que las parejas pueden tener en cuanto a la concepción por vía natural de sus hijos, encontrándose frente a obstáculos de naturaleza anatómica, biológica y funcional. Se trata de mecanismos científicos para resolver el problema de la gestación o la infertilidad, frente a la posibilidad de ejercer el derecho a formar una familia como un acto de realización humana y social.

Por cuanto a los contratos de maternidad subrogada, se afirma que son admisibles sobre la condición de someterlos a una estricta vigilancia sobre las reglas de admisión entre las que se cuentan: el consentimiento voluntario e informado de las partes, la finalidad meramente terapéutica, el control de transmisión de enfermedades infecciosas, la prohibición de lucro por parte de la gestante considerando que sujete a la realización por motivos altruistas, como actos de solidaridad.¹⁹

Por otro lado, se reconoce la autonomía procreativa, y en virtud de ello, la mujer puede disponer como lo decida sobre el uso de su capacidad de gestar.

La imposibilidad de reproducirse biológica y físicamente es un problema actual, y por ello se afirma la necesidad de que se consideren y se establezcan medidas legislativas, administrativas y de salud para regular tanto los procedimientos científicos como jurídicos o contractuales que hacen posible la gestación.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 148 y 149.

¹⁹ Alkorta Idiakez, Itziar, *Regulación jurídica de la medicina reproductiva*, España, Thompson-Aranzadi, 2003, pp. 276 y 277.

Nuestra Constitución establece la protección de la familia y el reconocimiento expreso a tener hijos en su artículo 4o.: “toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos”. Cabe recordar que las disposiciones constitucionales, si bien generales por su naturaleza, no son restrictivas por cuanto a su interpretación, o más bien, quedan sujetas a su interpretación en atención al contenido y protección que se hace de los derechos y libertades que se garantizan.

IV. REFLEXIONES FINALES

Así las cosas, en atención a los tratados internacionales suscritos por México, al artículo 4o. constitucional y de acuerdo con lo expuesto, se podría plantear la consideración de un derecho a la reproducción humana, que se verá reflejado en el abordamiento y regulación de las diferentes formas de reproducción humana asistida, como es el caso de la maternidad subrogada. Es claro que debe llevar al establecimiento de medidas legislativas, jurídicas, administrativas y de salud, que permitan a las personas la posibilidad de procrear hijos, o bien podemos decir, el ejercicio de un derecho a la procreación.

El Código Civil para el Distrito Federal establece en su artículo 293 que existe parentesco por consanguinidad entre el hijo de la reproducción asistida y el hombre o mujer o sólo ésta, que hubieren procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora. Lo que definitivamente no excluye a la maternidad subrogada.

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

También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo éste, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora. Fuera de este caso, la donación

de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida.

Sin embargo, el artículo 338 establece que la filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, y que no puede ser materia de convenio entre partes o transacción.

Artículo 338. La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros.

Y aquí es en donde consideramos que el criterio que se sostiene respecto a que madre es la que da a luz²⁰ está superado en cuanto a la posibilidad que las técnicas de reproducción asistida proveen mediante la posibilidad de la maternidad subrogada como práctica social o que se da en la realidad material. En este caso es fundamental considerar como elemento para determinar la filiación, como sostiene el artículo 293, la voluntad de aquellos que procuraron el nacimiento para atribuirse el carácter de padres. Quedando abierta la posibilidad de regular o no la existencia del contrato que subroga la maternidad.

Finalmente en el Código Civil para el Distrito Federal no existe regulación específica para este tipo de contratos; sin embargo, se puede hacer la consideración de que se trata de contratos atípicos.

²⁰ Por la misma naturaleza, la maternidad se establece por el hecho del parto y por la identidad del producto. Se es hijo de la madre si se prueba el parto y que la persona que alega esa filiación maternal es el producto de aquel parto.