

LA GESTACIÓN SUBROGADA ¿UNA NUEVA FIGURA DEL DERECHO DE FAMILIA?

Ingrid BRENA SESMA*

SUMARIO: I. *Presentación.* II. *El problema.* III. *¿Maternidad subrogada o gestación subrogada?* IV. *Contratos privados.* V. *Regulación expresa en la ley.* VI. *Derecho de familia.* VII. *Estado de Tabasco.* VIII. *Propuesta.* IX. *Fuentes.*

I. PRESENTACIÓN

En años recientes la sociedad ha desarrollado gran cantidad de tecnología novedosa y de nuevos significados e interpretaciones legales para ayudar a las personas infértiles o que no son capaces de gestar un niño. La tradicional maternidad a través de la cual una mujer se embarazaba con los gametos de su pareja y después de un término aproximado de nueve meses daba a luz, no es ya la única manera de tener hijos. Con las nuevas tecnologías que permiten la fertilización asistida los componentes de la procreación se han fragmentado. El proceso de la maternidad no se limita más a la mujer que aporta su óvulo y gesta al niño, y la paternidad no se circunscribe al hombre que provee el esperma. De entre las distintas posibilidades de procreación han aparecido los contratos de maternidad subrogada en sus distintas variantes.

* Coordinadora e investigadora en el Núcleo de Estudios en Derecho y Salud del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Bajo el nombre genérico de maternidad subrogada se contemplan distintas variantes: si una mujer recibe un embrión para llevar a cabo sólo el embarazo y posteriormente dar a luz, se trata de una gestación subrogada. En cambio, si una mujer, además de llevar a cabo la gestación entregó su óvulo para la fertilización, se trata de una verdadera maternidad subrogada, la madre biológica y gestante asume el compromiso de entregar el hijo a quienes se lo pidieron por encargo. Una tercera posibilidad es que una mujer aporte el óvulo, otra geste el embrión y que una tercera que encargó el proceso, se quede con el niño, así, la maternidad queda fragmentada; existe una madre biológica, otra gestante y una conocida como la social, pues es quien solicitó el proceso.

En cuanto a los solicitantes estos pueden ser pareja, casada o no, heterosexual u homosexual o un hombre o una mujer en forma individual.

Desde el punto de vista económico, los acuerdos de maternidad subrogada serán onerosos cuando exista un pago de por medio. En cambio, en los acuerdos a título gratuito, la madre o la gestante aceptan el encargo por un sentimiento altruista de solidaridad respecto a una mujer incapaz físicamente de anidar el embrión.

Las variantes ameritan trato jurídico distinto. La maternidad subrogada conlleva una disociación de la filiación biológica materna y el surgimiento de otra jurídica, en cambio, en la gestación subrogada significa que la mujer sólo lleva un embarazo y da a luz un niño que no es su hijo biológico, por tanto no se establece ningún vínculo de filiación.

Si mediará un pago, en el primer caso significaría que la mujer que proporciona su óvulo y gesta, entrega a su hijo a cambio de un dinero convirtiendo esa acción en una verdadera venta o tráfico de niños. En el segundo, la entrega de dinero podría ser considerada como el pago por “servicios prestados”.

¿Qué opciones conviene aceptar de acuerdo a nuestra legislación vigente?

II. EL PROBLEMA

Ni la Ley General de Salud ni su Reglamento en Materia de Investigación para la Salud hacen referencia alguna a la maternidad o a la gestación subrogada. Estos textos legales sólo mencionan en forma general a la inseminación artificial que incluye la fertilización *in vitro*, pero sin alusión a la posibilidad de una subrogación.

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.

III. ¿MATERNIDAD SUBROGADA O GESTACIÓN SUBROGADA?

1. *Derechos reproductivos*

El derecho a la reproducción humana, expresión de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad, es reconocido en el artículo 4o. constitucional, “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos...”. Invocan este precepto quienes, en afán de dar continuidad a su genética, acuden a las modernas técnicas científicas que les ofrecen la oportunidad de tener descendencia, en vez de adoptar niños que les son ajenos.

Debemos tener presente que los derechos reproductivos se hacen efectivos en la mujer solicitante cuando ella aporta sus óvulos y su cónyuge o pareja hace lo propio con sus gametos. La gestante en este supuesto sólo lleva a cabo el embarazo.

En cambio, en la llamada maternidad subrogada, la mujer solicitante no aporta su carga genética contenida en los óvulos, ya sea por un problema médico o porque así lo decide. En este caso, no es posible hacer referencia a una reproducción, la mujer no puede invocar el ejercicio de sus derechos reproductivos para

solicitar un niño que, por no tener su carga genética no será su descendiente.

En el Distrito Federal, aunque no existe precepto alguno en la legislación civil que se refiera en concreto a la maternidad o gestación subrogada, los métodos para lograr la descendencia están autorizados para las parejas unidas en matrimonio de personas heterosexuales o del mismo sexo,¹ en los términos del artículo 162 C.C.,² el cual expresa: “Los cónyuges, de común acuerdo, tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia”. Tomando en cuenta el artículo 291 ter,³ también los concubinos pueden hacer uso de estas técnicas; por el contrario, no están autorizadas para acceder a ellas, las personas solas, cualesquiera que sea su sexo.

Consideramos que el artículo 162 no abarca los procedimientos de maternidad subrogada. El texto garantiza el derecho a decidir sobre el número y espaciamiento de “los hijos” y la utilización de técnicas para lograr “la propia descendencia”, pero estas posibilidades no existen para una mujer sin capacidad biológica para reproducirse, como se ha mencionado. Si bien existe una voluntad procreacional, el deseo de tener un hijo, esa mujer carece de la posibilidad de tener descendencia.

2. *Cuestionamientos*

Debemos tomar en cuenta que en los procesos tanto de maternidad, como de gestación subrogada, los derechos no se ejer-

¹ De acuerdo con la actual definición de matrimonio: “matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos procuran respeto, igualdad y ayuda mutua”.

² Cuando no se mencione el Penal me estaré refiriendo al C.C. para el Distrito Federal.

³ “Regirán al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que le fueren aplicables” .

cen de manera aislada, sino en una intrincada relación con toda una gama de derechos. Al lado de los reproductivos aparecen los relativos a la privacidad, a la dignidad, a la autonomía, a la salud y los derivados de la filiación, por señalar los más importantes. Los titulares de esos derechos no sólo son los solicitantes y la madre gestante, a veces también la madre biológica, de igual forma los niños que nacerán, el grupo familiar de los solicitantes y el esposo, si la gestante está casada, y aun a la sociedad, preocupada por el impacto de estas nuevas formas de reproducción humana.

¿Cuáles son los costos y cuáles los beneficios de cada uno de los procedimientos? ¿Se deben permitir procesos de maternidad subrogada, aun cuando no se hagan efectivos los derechos reproductivos de la solicitante? ¿Existe un consenso en la sociedad que justifique el que una mujer se embarace *ex profeso* para después entregar a su hijo a cambio de un pago?, porque siendo realistas es difícil suponer que una mujer se embarazará para regalar a su hijo sólo por motivos altruistas. ¿Se puede mencionar la autonomía cuando, por circunstancias económicas, una mujer se ve impelida a embarazarse y a entregar a su descendiente? ¿Es lícito el acto de entregar a un hijo a cambio de dinero? ¿O se trata de un delito de tráfico de menores tipificado en el Código Penal del Distrito Federal?

El artículo 169 del Código Penal del Distrito Federal sanciona con cárcel y multa:

Al que con el consentimiento de un ascendiente que ejerza la patria potestad o de quien tenga a su cargo la custodia de un menor, aunque ésta no haya sido declarada, lo entregue ilegalmente a un tercero para su custodia definitiva a cambio de un beneficio económico, se le impondrán de dos a nueve años de prisión y de doscientos a quinientos días de multa.

Las mismas penas a que se refiere el párrafo anterior, se impondrán a los que a cambio de un beneficio económico, otorguen el consentimiento al tercero que reciba al menor o la ascendiente que, sin intervención de intermediario, incurra en la conducta señalada en el párrafo anterior...

Aunque el mismo artículo permite la reducción de la pena en determinados casos,⁴ la conducta se encuentra tipificada como tráfico de menores y, como tal, es sancionada.⁵

Con base en los textos legales transcritos y los argumentos expresados, considero que no existe justificación ética, ni social, ni jurídica para admitir las prácticas de la maternidad subrogada. Esta conclusión ha motivado mi decisión de que a partir de este punto no se analice esta figura y sólo proceda a continuar el examen jurídico de la gestación subrogada.

El procedimiento de gestación subrogada, aún cuando coloca a la gestante en una situación no exenta de riesgos físicos y cuestionamientos jurídicos, según analizaremos en este estudio, podría justificarse. A través de la gestación subrogada, una mujer que cuente con gametos fértiles, pero que sea incapaz de anidar un embrión y de dar a luz, podrá hacer efectivos sus deseos de tener descendencia con la ayuda de otra que acepte gestar al embrión y dar a luz, para después entregarle a su hijo.

Podemos referirnos a una autorización implícita del Código Civil para llevar a cabo gestaciones subrogadas, sin embargo, falta una reglamentación que indique cuáles son los efectos jurídicos que esas técnicas producen en las personas involucradas y en su entorno familiar. 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?

⁴ Si la entrega del menor se hace sin la finalidad de obtener un beneficio económico, la pena aplicable al que lo entrega será de uno a tres años de prisión.

Si se acredita que quien recibió al menor lo hizo para incorporarlo a su núcleo familiar y otorgarle los beneficios propios de tal incorporación, se reducirá en una mitad la pena prevista en el párrafo anterior.

⁵ Este artículo tutela la libertad personal de los menores, dado que éstos gozan de esta garantía en su calidad de persona, misma que ejercen respaldados a través de quienes ejercen la patria potestad o su custodia atentándose contra esta libertad al considerarlos como objetos y no como personas, Villanueva, Ruth, “Comentario al artículo 189 del C.P.D.F.”, en García Ramírez, Sergio *et al.*, *Nuevo Código Penal para el Distrito Federal comentado*, México, Porrúa-UNAM, 2006, pp. 261 y 262.

IV. CONTRATOS PRIVADOS

En los países en los que se permiten los procedimientos de gestación subrogada, entre ellos, Inglaterra, algunos estados de la Unión Americana, la India, Ucrania, las condiciones, circunstancias, obligaciones, derechos y demás efectos de las prácticas quedan establecidos en contratos privados. Esta solución es muy discutible en México de acuerdo con nuestra normativa actual.

Determinar el objeto del contrato es el primer problema, ¿se trata de un contrato de hacer, de no hacer o de dar? ¿El objeto indirecto será el útero de una mujer,⁶ el niño que nacerá, o como algún autor señala, la capacidad gestacional de una mujer?⁷ La validez del contrato es también cuestionable si el cuerpo no puede ser objeto de contrato⁸ o si el fin no se considera lícito por infringir el artículo 327 de la Ley General de Salud que prohíbe el comercio de órganos, tejidos y células.⁹ También el contrato podría ser considerado ilícito por contravenir las disposiciones

⁶ Dina Rodríguez López expresa: “La maternidad por cuenta ajena tiene como objeto central que la madre sustituta permita ser inseminada artificialmente o bien que se le implante un embrión humano para su gestación hasta el momento del parto; en ese sentido, el objeto lo constituiría el cuerpo de la madre sustituta en general, y en particular el útero de esa mujer...”. “El útero como objeto de contrato”, *Revista de Derecho Privado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, nueva época, año IV, núm. 11, mayo-agosto de 2005, pp. 97-127.

⁷ Alarcón Rojas expresa que “el interés que se disciplina no es el embrión ni el útero de la gestante, porque lo que en verdad ésta hace es utilizar a favor de la comitente su capacidad biológica de gestar”. La capacidad y la relación de la maternidad constituye el objeto del negocio jurídico. Alarcón Rojas, Fernando, “El negocio de maternidad por sustitución en la legislación”, en González, Emilssen (coord.), *Memoria del primer Seminario Franco-Andino de Derecho y Bioética*, Bogotá, Colombia, Centro de Estudios sobre Genética y Derecho, Universidad Externado de Colombia, 2003, *cit.* pp. 134-136.

⁸ Nuestra legislación permite la donación de órganos y tejidos pero ésta se encuentra regulada en forma precisa por la Ley General de Salud.

⁹ La donación de órganos, tejidos y células se regirá por el principio de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad, por lo que su obtención y utilización serán estrictamente a título gratuito. Artículo 327 de la LGS.

del Código Civil que determinan la irrenunciabilidad de la patria potestad y que la filiación no puede ser materia de convenio entre las partes.¹⁰ De configurarse cualquiera de estos supuestos se procedería la declaración de ¿inexistencia o nulidad?, y si se formulara esta declaración ¿qué pasará con los efectos producidos? entre ellos, el embarazo y sus posibles riesgos o los niños nacidos. Desde luego, no podríamos pensar en una destrucción retroactiva.

V. REGULACIÓN EXPRESA EN LA LEY

1. *Interés público e interés privado*

Nos preguntamos si ¿el establecimiento de la filiación de los niños que nacerán como consecuencia de una gestación subrogada puede quedar sujeto a la voluntad de las partes, o por el contrario, debe estar regulado por la ley?

El artículo 6o. del Código Civil para el Distrito Federal expresa:

La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla ni modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.

¿Es la filiación un asunto circunscrito a derechos privados y por lo tanto puede modificarse a voluntad? ¿O, por el contrario, es de tal importancia para la sociedad que su alteración afecta el interés público? El mismo Código en su artículo 138 ter nos proporciona la respuesta: “Las disposiciones que se refieren a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad”. Concretamente, respecto a la filiación, el artículo 338 expresa: “La filiación es la relación

¹⁰ Artículos 338 y 448.

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”.

El interés público corresponde a las aspiraciones más amplias y de más largo alcance, se refiere a la colectividad frente a los intereses limitados de los particulares. El contenido de unas cláusulas contractuales y el propósito de las mismas no deben quebrantar a las normas legales ya que en su respeto se sustenta el orden jurídico y la paz social; por ello, un contrato que contradice lo establecido en las leyes no habrá de tener validez, será nulo.¹¹ En opinión de Cicu, es inadmisibles que el particular ostente un interés opuesto a aquel que el Estado ha definido como suyo.¹²

La lectura e interpretación de estos textos y las referencias doctrinales, nos llevan a concluir que actualmente no cabe la posibilidad de celebrar contratos de gestación subrogada que pretendan modificar la filiación biológica. Si se llegaran a aceptar contratos legítimos de gestación, éstos deberán quedar sujetos a la observancia de la ley.

¹¹ Bejarano, Manuel, *Obligaciones civiles*, México, Harla, Colección Textos Jurídicos Universitarios, 1980, p. 112.

En el mismo sentido Yolanda Gómez expresa: Los pactos de maternidad subrogada carecen de validez porque los negocios jurídicos relativos al derecho de familia están sustraídos de la autonomía de la voluntad de las partes por el interés público, por los fuertes impedimentos éticos y la función social que los preside, de tal manera que las renunciaciones, transacciones etcétera, quedan como regla general prohibidos en la relación del estado de familia. Gómez, Yolanda, *El derecho a la reproducción humana*, España, Madrid, Marcial Pons, 1994, p. 138.

¹² En el derecho público no hay un interés común a la colectividad, sino un interés superior por ser distinto del interés de los particulares y está sobre de él. En efecto, la esencia del derecho subjetivo privado reside en la libertad reconocida al particular de cuidar por sí mismo de sus intereses, de manera que ahí el derecho lógicamente constituye un *prius*, frente a la imposición de los deberes correlativos; al paso en que, en el derecho público, la autonomía del individuo desaparece y la idea de deber es lógicamente, un *prius*, frente al reconocimiento de un derecho correctivo, que bien pues también falta. CICU, *Derecho de familia*, trad. de Santiago Santos, Buenos Aires, 1947, p. 15.

2. *Interés superior del menor*

Los niños que nacen son los sujetos que, además de los solicitantes y la gestante, reciben los efectos de la práctica de las técnicas de gestación subrogada. Su protección ha sido considerada como un interés superior más allá de la esfera privada ¿será un contrato privado suficiente garantía de esta protección?

Algunos sectores opinan que con la gestación subrogada no se acepta un hecho que ocurre en forma natural, sino que el nacimiento del niño se convierte en un acto deliberado de voluntad de los solicitantes. Este acto de libre decisión incrementa el sentido de responsabilidad de quienes invocan una paternidad y maternidad. Sin embargo, existen datos reales de que los resultados de los procedimientos no son siempre tan sencillos. Se reportan casos de rechazo a los niños cuando éstos han presentado alguna enfermedad grave o malformación o cuando han ocurrido nacimientos múltiples. Estos problemas han sido llevados a los tribunales de los lugares en donde se han permitido los contratos de subrogación, con los consiguientes daños psicológicos para los menores.

3. *Estado civil de los menores*

El estado civil¹³ de los menores que nacen como consecuencia de la práctica de la gestación subrogada es otro asunto sobre el cual debe reflexionarse. El acta de nacimiento es el documento oficial que sirve para establecer la filiación respecto a la madre y al padre, y por ende, la relación de parentesco con todo el grupo familiar para constituir el estado civil del niño que nace. La fidelidad de los constancias del Registro Civil resulta de suma importancia, pues es la única forma de acreditar el estado civil de las personas, del que emanan derechos y obligaciones, no sujetos a la voluntad de los particulares.

¹³ Por estado civil de las personas entendemos el conjunto de elementos por los que las personas físicas son individualizadas, nombre, nacionalidad, filiación etcétera y éste es indisponible.

Al estar fuera de la voluntad de los particulares el estado civil no puede ser materia de convenio, transacción o sujetarse a compromisos en árbitros, sino que se encuentra regulado de manera precisa en la ley. El estado civil es indisponible, los interesados no pueden, de manera unilateral o por un contrato, como el de gestación subrogada, cambiar los elementos, filiación, edad, nombre. Estos cambios sólo pueden implementarse, de acuerdo con la legislación vigente, por una sentencia judicial de reconocimiento, desconocimiento o adopción, respetando siempre las reglas de orden público.

El interés superior del niño y el interés público en las relaciones familiares nos llevan a concluir que, de aceptarse la gestación subrogada se requerirá, como una corriente de opinión señala y a la cual me adhiero, una reforma sustancial al derecho de familia.¹⁴

VI. DERECHO DE FAMILIA

1. *La familia*

La familia es reconocida como un grupo fundamental de la sociedad y medio para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, en particular de los niños. El derecho organiza y estructura al grupo familiar a través de normas de carácter imperativo e irrenunciables con las cuales protege los intereses de los integrantes del grupo.

La gestación subrogada tiene por finalidad originar una nueva familia compuesta de los padres biológicos y su hijo, además,

¹⁴ En el mismo sentido Dina Rodríguez López considera que la maternidad substituta como un contrato patrimonial no debe contemplarse en una futura legislación, pero el derecho de familia debe dar una respuesta concreta al mismo, *op. cit.*, p. 118. Luis Humberto Chavarría González expresa: “Es difícil encuadrar estos acuerdos —de maternidad subrogada— en las categorías negócias tradicionales, de ahí la necesidad de que estas figuras atípicas se regulen en el derecho de familia por las consecuencias que producen en ese ámbito”, citado en “Las categorías negócias y su adaptación en función de la reproducción humana”, *La filiación a finales del siglo XX*, Trivium, 1988, pp. 240 y 241.

puede generar cambios en el grupo familiar ya establecido, abuelos, tíos o hermanos. Se sustenta en una decisión de carácter íntimo, como lo es cualquier opción reproductiva, tomada por los solicitantes y la gestante, pero sus efectos se diseminarán y producirán cambios en las relaciones familiares.

Estas consecuencias justifican la injerencia del Estado para establecer normas de carácter imperativo e irrenunciable con las cuales se protejan los intereses de todos los que sean parte de los procesos o cuyas consecuencias les atañan. Además de la normativa, el Estado intervendría a través de ciertos órganos; el Registro Civil para el levantamiento de las actas respectivas y los tribunales para comprobar que se han cumplido los requisitos y formalidades y, en su caso, aprobar los acuerdos de subrogación o para resolver los conflictos que pudieran suscitarse.

2. Figuras del derecho de familia involucradas con la gestación subrogada

A. Filiación

“De todas las instituciones que en conjunto configuran el derecho de familia, ninguna reviste o debiera tener la gran importancia y trascendencia de la filiación”.¹⁵ Existe consenso en considerar a la relación entre un padre y una madre con su hijo, como la más estrecha que existe entre dos personas. Su importancia deriva de la gran responsabilidad que implica haber engendrado a un hijo al cual hay que proteger, formar y garantizar que llegue a la edad adulta con capacidad para desenvolverse en el mundo. La vinculación de los hijos con los padres o, al menos, alguno de ellos, conlleva su derecho a pertenecer a un grupo familiar, a un nombre, a ser alimentado y protegido, y a hacer efectivos todos los derechos y obligaciones que la ley les conceda.¹⁶

¹⁵ Montero Duhalt, Sara, *Derecho de familia*, México, Porrúa, 1984, p. 266.

¹⁶ Entre ellos, a la sucesión legítima, la tutela legítima, hasta la posibilidad de constituir patrimonio de familia.

La filiación materna, de acuerdo con las disposiciones del Código Civil, reposa sobre el principio de que madre es quién da a luz.¹⁷ La calidad de madre reside en el hecho biológico de la procreación, el cual se prueba con el certificado de nacimiento o en su defecto con la constancia de parto.¹⁸ Cuando una mujer reciba a su hijo biológico gestado y parido por otra mujer, carece de fundamentos para acreditar una maternidad. El contrato privado que hubiese firmado, además de carecer de reconocimiento como fuente de filiación, está prohibido por el artículo 338 del C.C.¹⁹ de manera que nadie podrá hacerlo valer bajo la legislación actual.

Por otra parte, la filiación paterna se establece con base en las presunciones legales creadas ante la imposibilidad de determinar con certeza cuál fue la relación sexual generadora de la concepción. Estas presunciones están justificadas por la necesidad de asegurar la filiación del hijo nacido de matrimonio o de relación estable.²⁰

¹⁷ La filiación de los hijos se prueba con el acta de nacimiento, nos describe el artículo 340 del Código Civil del D. F.

¹⁸ Rojina Villegas ha expresado: la maternidad supone dos elementos: uno, el hecho del parto; otro la identificación entre el ser que da a luz en el parto y el que después pretende serlo. Rojina Villegas, *Derecho civil mexicano. Derecho de familia*, 5a. ed., México, Porrúa, 1980, p. 600.

¹⁹ El mismo Código Civil determina en el artículo 43: “No podrán asentarse en las actas ni por vía de nota o advertencia, sino lo que deba de ser declarado para el acto preciso a que ellas se refieren y lo que esté expresamente prevenido en la ley”. Aquellas persona que levantara un acta de nacimiento declarando que es madre quien no parió aunque haya encargado al niño o niña o solicitara la inserción en ellas de circunstancias o declaraciones prohibidas por la ley, como atribuir la maternidad a quien no dio a luz, caería en ese momento en falsificación de las actas y daría lugar a la aplicación de sanciones para el juez del Registro Civil, sin perjuicio de las penas que la ley señale para el delito de falsedad, y de la indemnización de daños y perjuicios.

Además, de acuerdo con el artículo 203 del Código Penal, se impondrán de uno a seis años de prisión y de cien a mil días multa, al que, con el fin de alterar el estado civil, *presente a registrar a una persona, asumiendo la filiación que no le corresponda*.

²⁰ Brena Sesma, Ingrid, “La determinación de la filiación con base en la prueba genética, repercusión en ciertos derechos humanos”, *El derecho y la salud*.

Si se presentara el caso de que la gestante estuviere casada, conforme a las presunciones legales, se atribuirá la paternidad a su cónyuge y aun cuando éste negara ser el padre, será necesario tramitar un juicio especial para romper la presunción.²¹ Una opción para evitar estos conflictos, sería reglamentar el necesario consentimiento del cónyuge al celebrar el acuerdo de subrogación, o en su defecto, proporcionarle las herramientas jurídicas que le permitieran romper la presunción de paternidad del niño que nazca, sin tener que llegar a juicio.

Se requieren pues reformas legales de manera que los principios clásicos que sirven para establecer la filiación, parto y presunciones, se flexibilicen y no se apliquen a los participantes en los procesos de gestación subrogada. La mujer que da a luz ya no necesariamente es la madre y no debe presumirse la paternidad del cónyuge de la mujer gestante.

B. *Reconocimiento*

Una forma de establecer la filiación entre quienes solicitaron la gestación subrogada y el niño puede ser a través del reconocimiento que la pareja haga respecto del menor antes o después de su nacimiento. Sin embargo, conforme a la legislación vigente, la figura del reconocimiento se aplica sólo a los hijos nacidos fuera de matrimonio. De manera que si los legisladores optaran por esta solución, será necesario reformar el capítulo IV “Del reconocimiento de hijos”, del título VII “De la filiación”, de manera que los padres biológicos, casados o no, puedan reconocer al menor en base a un documento oficial, aceptado previamente por la ley para demostrar el trato lícito de una gestación subrogada.

Temas a reflexionar, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 85-98.

²¹ Artículos 324, 325 y ss. del Código Civil del D.F.

C. Adopción

Otra solución planteada para establecer la filiación entre los solicitantes y su hijo, es tramitar una adopción,²² el estado de Tabasco así lo implementa.

Si bien es cierto que aparentemente existe una similitud entre adopción y gestación subrogada por la entrega de un niño y la transmisión de los derechos y obligaciones derivados de la filiación, no es menos cierto que entre las dos figuras existen grandes diferencias.

La adopción es una institución jurídica, por medio de la cual una o dos personas establecen un lazo de filiación con un menor que no es su hijo, con el objeto de proporcionar al adoptado un hogar alternativo cuando el suyo no les ofrece el bienestar mínimo que merecen.²³ Esta institución tiene por finalidad remediar una situación de hecho ya ocurrida, un niño abandonado o cuyos padres no quieren o no pueden hacerse cargo de él. En cambio, en la gestación subrogada el nacimiento de un menor, se crea *ex profeso*, para satisfacer los derechos reproductivos de una pareja con problemas de fertilidad.²⁴

Tramitar una adopción respecto al propio hijo es un acto simulado y, por tanto, ilegítimo. Nuestra objeción a esta solución

²² Marsha Garrison considera que la mujer que entrega a su hijo, lo está dando en adopción, de ahí que la legalidad del acto dependa de la legislación sobre adopción. La madre subrogada tiene el status jurídico de madre hasta que transfiera sus derechos parentales a través de una adopción. “Law making for baby making and interpretative approach to determination of legal parentage”, *cit.*, p. 853.

²³ “La adopción de menores surge y se configura como remedio social, ético y jurídico”, manifiesta Mendizábal Osés, *Derecho de los menores. Teoría general*, Madrid, Pirámide, 1977, p. 233.

²⁴ En el mismo sentido, María Lozano Estivalis, expresa: Al adoptar a un niño o a una niña que ha caído de su propio nido familiar se presupone que está haciendo lo mejor para él o ella. Pero en el acuerdo de sustitución, el niño o la niña han sido producidos voluntariamente y es objeto de mercantilización. Lozano Estivalis, María, *Mujeres autónomas, madres automáticas*, España, Málaga, Servicio de publicaciones de la Universidad de Málaga, 2004, p. 84.

se basa en el convencimiento de que el derecho no debe propiciar actos simulados cuando existe la posibilidad de remediar las situaciones a través de una regulación adecuada.

Pero, si a pesar de estas diferencias y cuestionamientos, los legisladores llegaron a considerar la conveniencia de aceptar la figura de la adopción para justificar la entrega del menor, será necesario que los solicitantes reúnan todos los requisitos y sigan todos los procedimientos exigidos para la adopción, establecidos en el artículo 390 y siguientes del Código Civil.²⁵

La solución de simular una adopción no está exenta de problemas y cuestionamientos ¿qué sucede con el niño o niña si quienes lo encargan no cumplen con los requisitos que la ley establece para los adoptantes? o ¿si éstos se niegan a tramitar la adopción? También puede ocurrir que el Ministerio Público se oponga a la adopción.²⁶ Estas son sólo algunas de las vicisitudes que pueden presentarse y complicar la tramitación de una adopción, nos preguntamos ¿no será mejor crear una figura especial de gestación subrogada en vez de propiciar actos aparentes?

D. *Parentesco*

La procreación origina una relación biológica entre los progenitores y sus descendientes, pero además vincula a las personas que descienden de un progenitor común. Estas relaciones aparecen en forma espontánea y el derecho las toma en cuenta para crear un vínculo jurídico denominado parentesco. En el caso de la gestación subrogada no existe un vínculo biológico entre la gestante y el niño, pero sí entre éste y quienes aportaron sus gametos.

²⁵ Para el adoptante, ser mayor de veinticinco años, libre de matrimonio, en pleno ejercicio de sus derechos, siempre que acredite además: I) que tiene medios bastantes para proveer a la subsistencia, la educación y el cuidado de la persona que trata de adoptarse, como hijo propio, según las circunstancias de la persona que trata de adoptar; II) que la adopción es benéfica para la persona que trata de adoptarse, atendiendo al interés superior de la misma, y III) que la adoptante es persona apta y adecuada para adoptar.

²⁶ Artículo 398 del C.C.

El establecimiento del parentesco con base en el vínculo biológico debe quedar claro, en forma especial cuando la gestación se practique entre miembros de una misma familia. Deberá evitarse que la línea de parentesco se trastoque, convirtiendo a una gestante en madre de su sobrino o de su nieto, y aun cuando se resuelva la situación legal, será conveniente prever los posibles conflictos psicológicos que estos cambios producirán en todo el entorno familiar.

VII. ESTADO DE TABASCO

El Estado de Tabasco ha sido el primero en legislar y, a través del Código Civil, regula tanto la maternidad subrogada como la llamada sustituta, para efectos de este trabajo la gestación subrogada. Este texto legal optó por sustentar los acuerdos de maternidad y gestación subrogada en un contrato.²⁷ Sin embargo, el ordenamiento no especifica las características esenciales de tales convenios, no existe un apartado especial o reforma en la sección de contratos. En cambio, se introdujeron modificaciones a la sección de derecho de familia como el reconocimiento del derecho de los cónyuges a emplear cualquier método de reproducción artificial para lograr su propia descendencia,²⁸ además señala como causal de divorcio, el empleo por parte de la mujer sin el consentimiento del marido de cualquier método de concepción humana artificial.²⁹

El texto legal tabasqueño rompe con el sistema de presunciones al señalar: “Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustituta, cuando el hijo nazca de una

²⁷ Artículo 360. Situación de maternidad substituta

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

²⁸ Artículo 165.

²⁹ Artículo 272.

mujer casada que viva con su esposo, el oficial del registro civil no podrá asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, excepto que este haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare”. También establece la salvedad de que un hijo nacido como resultado de un contrato de maternidad sustituta, de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando este lo haya desconocido y por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es hijo suyo. Lo anterior significa que el estado de Tabasco otorga especial importancia a la voluntad procreacional al establecer que no se podrán desconocer a los hijos nacidos como resultado del empleo de cualquier método de reproducción humana artificial si consta de manera fehaciente el consentimiento.³⁰ Respecto a la filiación, en los casos de proceso reproductivo en los que participe una segunda mujer, se presumirá como madre legal a la mujer que contrata, aunque no provea el óvulo, y el niño será considerado como su hijo legítimo.³¹

VIII. PROPUESTA

La sociedad debe adaptarse a los cambios tecnológicos cuando éstos permitan resolver problemas de infertilidad. La gestación por sustitución se justifica cuando sirve de instrumento para hacer efectivo el derecho a la reproducción³² garantizado en la Constitución,³³ no así cuando los solicitantes no aporten sus ga-

³⁰ Artículos 327, 329 y 330.

³¹ En el caso de que se trate de un hijo nacido por contrato de maternidad sustituta, el hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido y por sentencia ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo y asemeja la maternidad subrogada a la adopción plena, con todos sus efectos, artículos 82, 360 y 403.

³² Cualquier otro motivo sería ilícito. La vanidad, la estética, homosexualidad, circunstancias laborales o condiciones económicas no pueden ser motivos que induzcan a la comitente o a la gestante a la celebración de un negocio jurídico. Alarcón Rojas, *op. cit.*, p. 134.

³³ *Idem.*

metos y busquen obtener el hijo de una mujer ajena a la pareja. Sin embargo, corresponderá a la ley determinar con precisión, si acepta la maternidad subrogada o sólo la gestante.

Con base en las reflexiones presentadas en este estudio, se considera muy controvertido encuadrar los acuerdos de las voluntades para llevar a cabo una gestación subrogada en la categoría de contratos privados. En cambio, creemos que la mejor solución para proteger a todos los participantes en el proceso, solicitantes, gestantes y menores y a los posibles terceros afectados como familiares de los solicitantes y cónyuge de la gestante, será la creación de una nueva institución de derecho de familia.

Esta nueva institución es entendida como el conjunto de disposiciones de derecho que regulará una situación precisa: una mujer con capacidad reproductiva y deseos de lograr su descendencia, pero incapaz por razones médicas anidar un embrión; otra mujer con capacidad gestacional para llevar a término un embarazo y dar a luz a un niño, que actúa por motivos altruistas o que percibe una retribución, y un menor que nacerá cuyo interés ha sido considerado como superior, no sólo en la Convención de Derechos del Niño,³⁴ sino también en nuestra legislación y jurisprudencia.

Al igual que cualquier institución jurídica, la gestación subrogada deberá estar conectada a otras instituciones jurídicas más generales como la filiación, en su caso, la adopción, la tutela, el parentesco y aún al derecho registral para implementar cambios en las actas de nacimiento.

Como principio básico se respetará la libertad de las partes para celebrar los acuerdos de gestación por sustitución, pero esa libre voluntad deberá sujetarse al ordenamiento jurídico. Ponderando los intereses involucrados, los legisladores deberán señalar

³⁴ Convención de Derechos del Niño, artículo 3o.: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

los casos y bajo qué circunstancias se justifica la celebración de acuerdos de gestación subrogada, si serán a título oneroso o gratuito, asegurando, en todo caso, la confidencialidad absoluta del trato.

A una reforma específica al Código Civil, corresponderá establecer los requisitos para quienes solicitan la práctica: edad, problemas de fertilidad, posibilidades económicas para llevar a cabo los procedimientos y para responder de los eventuales daños o perjuicios que sufriera la gestante o atender las posibles complicaciones del embarazo o parto y, desde luego, capacidad para atender los requerimientos del menor que nazca, cualesquiera que sean sus condiciones.

Respecto a la gestante conviene señalar: edad, número de embarazos previos, estado de salud, certeza de que recibe toda la información sobre los riesgos de un embarazo y alumbramiento, libre de cualquier coacción, de manera que su voluntad no se encuentre viciada.³⁵ La falta de un libre consentimiento o el consentimiento de una menor de edad incapaz de comprender el significado del hecho, convertiría a quien implantará el embrión ajeno en el cuerpo de una mujer en responsable de la comisión de un delito en los términos expresados por el Código Penal del Distrito Federal.³⁶

³⁵ Existe un silencio en torno a las muertes producidas durante procesos de fecundación *in vitro*. Tubert afirma que según datos conocidos en 1991 se elevaba a 18. Estas muertes están relacionadas con el momento en que los ovocitos se recogen. Para realizar esta operación, la mujer debe someterse previamente a un tratamiento de estimulación ovárica para que le sean suministradas una combinación de varias hormonas. Posteriormente, en el momento preciso, se extraen los óvulos de los ovarios. Una vez sedada la mujer, se le introduce una jeringa delgada por la vagina para retirar los óvulos maduros que luego se combinarán con el espermatozoide. Lozano Estivaliz, María, *op. cit.*, p.115.

La posibilidad de que la ciencia controle la reproducción y el cuerpo de las mujeres, depende en última instancia del nivel de información y formación que posean los sujetos implicados, así como de las condiciones estructurales para que éstos puedan decidir con plena libertad. Lozano, *op. cit.*, p. 122.

³⁶ El Código Penal del DF protege la mujer de una implantación en su cuerpo de un óvulo fecundado con óvulo ajeno. Este Código, aunque no mencio-

No deben faltar normas precisas que protejan al menor. En especial se deben prever no sólo los casos en que se produzcan los resultados deseados, sino también aquellos en los que se presente alguna eventualidad³⁷ como malformaciones o padecimientos genéticos, que si bien no son comunes, deben ser tomados en cuenta.

La separación o divorcio de los solicitantes o su muerte propiciaría la necesidad de determinar a quienes correspondería el ejercicio de la patria potestad, o si fuera el caso, la tutela³⁸ sobre el menor. No estará por demás hacer las adecuaciones en el derecho sucesorio, pues los concebidos —¿en el cuerpo de quien?— antes de la muerte del autor de la sucesión son capaces de heredar.³⁹ Además, al tiempo que se permita legalmente las prácticas

na ni el término maternidad ni el de gestación subrogada, en el artículo 151 sanciona como delito “...a quién implante a una mujer un óvulo fecundado, cuando hubiere utilizado para ello un óvulo ajeno o esperma de donante no autorizado sin el consentimiento o con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo. Si el delito se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, la pena aplicable será cinco a catorce años”. El bien jurídico que se protege, en principio, es la integridad corporal de la mujer y su salud tanto física como mental, hasta su dignidad y sentido de honor se verán afectados pues su cuerpo ha sido considerado como mero receptáculo reproductor. Si además, se produce un embarazo, se afectará también a la mujer en su reputación, pero sobre todo se violará su derecho reproductivo, aunque se le otorgue la posibilidad de interrumpir la gestación como lo señala el artículo 148 de este mismo código.

Artículo 152. Además de las penas previstas en el capítulo anterior, se impondrá suspensión para ejercer la profesión o, en caso de servicios públicos, inhabilitación para el desempeño del empleo, cargo o comisión públicos, por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta, así como la destitución.

Este precepto no define conducta delictiva alguna, se refiere a los casos en que los delitos tipificados en el capítulo de procreación asistida e inseminación artificial sea cometido por profesionales pudiendo darse el caso de que, además, sean servidores públicos.

³⁷ Tal sería el caso de malformaciones o enfermedades genéticas del menor o la probabilidad de partos múltiples.

³⁸ Por ejemplo, en caso de que los padres biológicos murieran.

³⁹ Según el artículo 1314 del C.C. interpretado *a contrario sensu* los concebidos al tiempo de la muerte del tutor de la herencia son capaces de testar.

de gestación subrogada, se deberán incluir en el mismo Código, nuevas formas especiales para el levantamiento de actas que acrediten el estado civil de los nacidos.⁴⁰

Los acuerdos tomados entre las partes involucradas no pueden estar sujetos a revocación una vez implantado el óvulo fecundado, sin embargo, en todo momento serán tomadas en cuenta las recomendaciones médicas, en especial si indican la necesidad de una suspensión del embarazo.

Las relaciones familiares que surgen por una gestación subrogada son, desde luego, originadas en la voluntad de los particulares que desean hacer efectivos sus derechos reproductivos; el Estado tendría injerencia sólo a través de ciertos órganos. A la autoridad, se recomienda al juez de lo familiar, correspondería aprobar las solicitudes de gestación subrogada, siempre y cuando se cumplieran los requisitos, así como resolver los conflictos que llegaran a presentarse. La injerencia del Registro Civil se centraría en el levantamiento de actas de nacimiento, reconocimiento o adopción de acuerdo con la solución que los legisladores elijan.

Frente a este abanico de intereses, el legislador que implemente la introducción de la subrogación⁴¹ deberá, respetando los derechos esenciales de todos los involucrados, ponderar cuáles deben prevalecer en circunstancias precisas y estas consideraciones deben quedar plasmadas en una normativa adecuada.

Estamos convencidos que sólo la intervención de la autoridad pública podrá garantizar la protección de los intereses de quienes participen en una gestación subrogada cuyos efectos no se limitan a un proceso que termina con el nacimiento de un menor, sino que perduran por toda la vida de éste y que lo vinculan a todo un grupo familiar.

⁴⁰ El acta de nacimiento es la única forma de comprobar el estado civil de una persona y ningún otro documento ni medio de prueba es admisible para comprobarlo, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley, artículo 39 del C.C.

⁴¹ Probablemente cuando este artículo sea publicado, ya estará vigente la Ley de Gestación Subrogada del Distrito Federal.

IX. FUENTES

- ASAMBLEA NACIONAL DE FRANCIA, *Informe 2235*, Asamblea XIII legislatura, 20 de enero de 2010.
- BEJARANO, Manuel, *Obligaciones civiles*, México, Harla, Colección Textos Jurídicos Universitarios, 1980.
- BRENA SESMA, Ingrid, “La determinación de la filiación con base en la prueba genética, repercusión de ciertos derechos humanos”, *El derecho y la salud. Temas a reflexionar*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil. Primera parte general, personas y familia*, México, Porrúa, 1980.
- GARRISON, Marsha, “Law making for baby making: and interpretative approach to the determination of legal parentage”, *Harvard Law Review*, Cambridge, E.U.A, vol. 113, núm. 4, febrero de 2000.
- GÓMEZ, Yolanda, *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, Marcial Pons, 1994.
- GONZÁLEZ DE CANSINO, Emilssen (coord.), *Memorias del Primer Seminario Franco-Andino de Derecho y Bioética*, Bogotá, Centro de Estudios sobre genética y Derecho-Universidad Externado de Colombia, 2003.
- LOZANO ESTIVALIS, María, *Mujeres autónomas, madres automáticas*, Málaga, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Málaga, 2004.
- MENDIZÁBAL, Oses, *Derecho de los menores. Teoría general*, Madrid, Pirámide, 1977.
- MONTERO DUHALT, Sara, *Derecho de familia*, México, Porrúa, 1984.
- ROJINA VILLEGAS, *Derecho civil mexicano. Derecho de familia*, 5a. ed., México, Porrúa, 1980.