

LA GESTACIÓN POR ENCARGO: DILEMAS DERIVADOS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS REPRODUCTIVAS

Héctor Augusto MENDOZA CÁRDENAS

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Concepto*. III. *Motivaciones*. IV. *Los primeros antecedentes sobre la gestación por encargo*. V. *Breve panorama de la gestación por encargo en el mundo*. VI. *La situación en México: propuestas legislativas*. VII. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, el avance biotecnológico ha hecho posible nuevas y variadas formas de reproducción humana, en este caso abordaremos el tema de la gestación por encargo, también conocida como maternidad subrogada, vientres de alquiler o gestación por sustitución.

El análisis tendrá como eje central los aspectos jurídicos de este fenómeno, sin embargo, cabe señalar que el mismo podría ser analizado desde diferentes perspectivas, como la médica, la ética o la psicológica. En la actualidad éstas —y quizá otras más— son disciplinas que cada vez y con mayor fuerza, se ven compelidas a involucrarse en el tratamiento de este tipo de temas.

La gestación por encargo suscita en la mayoría de las personas una serie de sentimientos eventualmente contradictorios; derivado de lo anterior se generan polémicas de diversa índole que van desde la negación total de dicha posibilidad hasta la aceptación irrestricta de la misma. Adicionalmente, no hay que olvidar que en un tema tan controversial como el que ahora se aborda, intervienen también convicciones de tipo religioso, ideológico e inclusive político, por lo que la mezcla de todos estos factores hace muy difícil alcanzar un consenso en términos jurídicos.

La gestación por encargo es —en principio— el resultado de un avance científico acelerado que ha venido a trastocar conceptos tradicionales muy arraigados. Así, por ejemplo, la supuesta objetividad de la maternidad hoy

queda en entredicho, ya que en la actualidad mediante la utilización de dicha técnica, es posible encontrarnos frente a una desvinculación entre la mujer que gesta un ser humano y su correspondiente relación biológica con el mismo.

II. CONCEPTO

La gestación por encargo implica que una mujer preste o facilite su vientre para concebir a un ser humano que a la postre será entregado a un tercero,¹ en este caso es posible recurrir a dos técnicas reproductivas, cada una con implicaciones particulares, la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial.

En este orden de ideas, en una primera clasificación en cuanto a la gestación por sustitución, podemos distinguir las siguientes dos hipótesis: la primera es cuando la mujer gestante aporta su propio óvulo y conviene en entregar el producto de la gestación a un tercero, y la segunda es cuando aquella mujer que habrá de gestar, no aporta material genético alguno. En el primer caso, generalmente hablaremos de inseminación artificial, en tanto que en el segundo por regla general estaremos frente a la técnica de fecundación *in vitro*.²

La experiencia indica, al menos en los Estados Unidos, que existen más probabilidades de conflicto cuando la mujer gestante aporta su óvulo, que cuando ésta solamente facilita su vientre, así se estima que en este país la gestación sin aportación de material genético es la que predomina, alcanzando hasta 95% de casos.³

Podemos decir que la gestación por encargo encuentra orígenes bíblicos; así, en el Génesis 16 y 30, se hace alusión a esta forma de maternidad. Efectivamente, en el Génesis 16 podemos leer el pasaje en el que Sara, que no podía darle hijos a su esposo Abraham, dice a éste; “He aquí que Jehová me ha impedido concebir. Únete, por favor, a mi sierva; quizás yo tenga hijos por medio de ella”. Otra alusión bíblica en este sentido la encontramos en el Génesis 30 que dice:

¹ Martínez-Pereda Rodríguez, J. M. *et al.*, *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español*, Madrid, Dykinson, 1994.

² Alarcón Rojas, Fernando, “El negocio jurídico de maternidad por sustitución en la gestación”, en González de Cancino, Emilssen (coord.), *Primer Seminario Franco-Andino de Derecho y Bioética*, Colombia, Centro de Estudios sobre Genética y Derecho, Universidad Externado de Colombia, 2003.

³ Hinson, Diane S. y McBrien, Maureen, “Surrogacy Across America”, *Family Advocate*, vol. 34, iss. 2, 2012.

Viendo Raquel que ella no daba hijos a Jacob, tuvo envidia de su hermana y decía a Jacob: ¡Dame hijos; o si no, me muero! Entonces se encendió la ira de Jacob contra Raquel, y le dijo: ¿Estoy yo en lugar de Dios, que te privó del fruto de tu vientre? Ella le contestó: He aquí mi sierva Bilha. Únete a ella, y que dé a luz sobre mis rodillas, para que así yo también tenga hijos por medio de ella.

Sin embargo en su concepción contemporánea, podemos decir que ésta se remonta a la década de los ochenta y la encontramos en Estados Unidos,⁴ que fue donde se presentaron los primeros casos controversiales relacionados con este tema.⁵

De hecho, en los últimos años el fenómeno de la gestación por sustitución o por encargo, se ha ido repitiendo en diferentes países,⁶ de ello ha dado cuenta tanto la prensa nacional como la internacional.⁷

III. MOTIVACIONES

La aplicación de dicho procedimiento puede tener diferentes motivaciones, por un lado lo más común es que suceda cuando una mujer tiene una inca-

⁴ Vidal Martínez, Jaime *et al.*, *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Granada, Comares, 1998.

⁵ Algunos de los cuales serán analizados más adelante.

⁶ Acuerdos de subrogación de matriz han sucedido en diferentes momentos y países; en Inglaterra el primer caso conocido fue el de Mary Stewart, quien a los 25 años dio a luz a su bebé, mismo que sería, según lo acordado, entregado a su padre biológico para que éste y su esposa lo criaran. En Francia, el fenómeno de madres portadoras inicia en 1982 con la creación, por parte del doctor Geller, de una fundación cuyo objetivo era contactar parejas estériles con posibles madres portadoras. En Sudáfrica, en octubre de 1987, la señora Pat Anthony, se convirtió en la primera mujer en dar a luz no a sus hijos, sino a sus nietos. En Italia, una joven mujer dio a luz a su propio hermano, ya que la madre de ésta no podía tener más hijos. Véase Martínez-Pereda Rodríguez, J. M. *et al.*, *La maternidad...*, *cit.*

⁷ *The Washington Post* anunciaba el 28 de diciembre de 2004 que Tina Cade, una mujer de 55 años, daba a luz a trillizos que no eran sus hijos sino sus nietos, disponible en: <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A32411-2004Dec28.html> (consultada el 8 de septiembre de 2016). Por su parte, en la edición del 2 de enero de 2004, el periódico *Times* anunciaba que en la India una mujer había alumbrado un par de gemelos, quienes en realidad eran sus nietos y no sus hijos, ya que la mujer había prestado su útero a su hija, en virtud de que esta última estaba imposibilitada de gestar un hijo, disponible en: <http://www.ftimes.com/main.asp?FromHome=1&TypeID=1&ArticleID=19978&SectionID=1&SubSectionID=1> (consultada el 8 de septiembre de 2014). Igualmente, el 29 de mayo de 2005, el periódico *Minas* anunciaba que Elizabeth das Dores Sales, una mujer de 53 años, en una provincia de Brasil, alumbró a su nieto; disponible en: <http://www.pro-criar.com.br/news/n0002.html> (consultada el 8 de septiembre de 2013).

pacidad total para gestar, sin embargo, puede haber otro tipo de motivaciones que van desde factores económicos hasta cuestiones relacionadas con la estética de la mujer contratante. Pasemos revista a algunas de las alternativas.

- a) Cuestiones fisiológicas relacionadas con la imposibilidad de una mujer para la gestación. Fisiológicamente, existen diversas hipótesis por las que una mujer puede verse imposibilitada para llevar a término una gestación exitosa. En este caso la gestación por sustitución es una alternativa viable para lograr una descendencia propia. Cabe señalar que cuando decimos “lograr una descendencia propia”, estamos pensando que bajo este esquema la mujer con alguna imposibilidad para procrear puede, no obstante, aportar su material genético, es decir tiene una imposibilidad para la gestación pero es capaz de generar óvulos.
- b) Cuestiones relacionadas con la convicción de auxiliar en el proceso de gestación a otra mujer. En este caso, nos estamos refiriendo a la mujer que facilita su vientre para gestar el hijo de otro, pero que lo hace bajo criterios altruistas.

Efectivamente, podemos pensar por ejemplo en el auxilio que puede prestar una hermana que tiene la capacidad de gestar, a otra que no la tiene, igualmente se puede pensar en una madre que auxilie a su hija facilitándole su vientre o inclusive a la inversa, en todos estos casos estamos hablando de una gestación por sustitución de carácter altruista.

- c) Una tercera alternativa sería cuando una mujer por razones estéticas, desea no sufrir las consecuencias inherentes de un embarazo, y para tales efectos, recurre a la gestación por encargo.
- d) Una cuarta alternativa relacionada con la anterior, es cuando una mujer está dispuesta a facilitar su vientre para gestar el hijo de otra, a cambio de una remuneración económica.

IV. LOS PRIMEROS ANTECEDENTES SOBRE LA GESTACIÓN POR ENCARGO

Los antecedentes primarios de la gestación por encargo denominada originalmente como maternidad subrogada, inician en 1975 en California, Estados Unidos, cuando mediante un anuncio publicitario en un periódico de la localidad, se solicita una mujer para ser inseminada artificialmente a petición de una pareja con problemas de esterilidad, que ofrecía por dichos servicios

una remuneración económica. Fue así que se creó la Surrogate Family Service Inc, cuya finalidad principal era auxiliar a parejas con dificultades para concebir, la intención era contactar a personas con problemas y mujeres dispuestas a facilitar su vientre.⁸

A partir de este antecedente, se constituyeron en Estados Unidos múltiples organizaciones cuya finalidad era contactar a mujeres gestantes sustitutas con parejas interesadas, lo cual generó diversas controversias jurídicas que han tenido que ser resueltas en los tribunales de dicho país.

Conocido en Estados Unidos como el caso *Baby M.*,⁹ fue la primera controversia judicial en la que se ponía en entredicho una gestación por encargo, denominada en aquella época como subrogación de matriz. El 2 de febrero de 1985, Mary Beth Whitehead y su esposo suscribieron un acuerdo por el cual aceptaban que la señora Whitehead fuera inseminada artificialmente con el esperma del señor Bill Stern, acordando además que el producto de dicha inseminación sería destinado al matrimonio del señor Stern y su esposa Elizabeth, quien no podía procrear. Así pues, aunque el hijo llevaría el 50% de la carga genética de Mary Beth, ésta aceptaba renunciar a sus derechos de maternidad en favor de la pareja que le contrató, a cambio de un pago por 10,000 dólares.

El 27 de marzo de 1986 Mary dio a luz a una niña, sin embargo, decidió contrariar el acuerdo firmado y en consecuencia registró a la recién nacida como hija suya y de su marido, asignándole por nombre Sara Elizabeth Whitehead, negándose a recibir el monto económico acordado y también a entregar a la bebé.

Como consecuencia de lo anterior, la pareja que le había contratado, el señor Stern y su esposa, promovieron una demanda argumentando el incumplimiento del contrato y en mayo de 1986, Bill y Elizabeth Stern obtuvieron un fallo judicial que les concedía la razón y ordenaba a Mary Beth Whitehead entregar al bebé al señor y la señora Stern.

Como era de esperarse, Mary Beth apeló la decisión del Tribunal que le quitaba la guarda y custodia de Sara (para ese momento ya renombrada como Melisa por los Stern), finalmente, la Suprema Corte de Nueva Jersey revocó el fallo original, dando sin embargo, una salida inesperada.

⁸ Arteta Acosta, Cindy, "Maternidad subrogada", *Revista de Ciencias Biomédicas*, disponible en: http://www.revista.spotmediav.com/pdf/2-1/12_MATERNIDAD_SUBROGADA.pdf (consultada el 8 de septiembre de 2016).

⁹ Véase Michel Ferriña, Juan Jorge y Gutiérrez, Carlos (comps.), *La encrucijada de la filiación: tecnologías reproductivas y restitución de niños*, Buenos Aires-México, Lumen-Humanitas, 2000.

Por un lado, declaró sin validez cualquier forma de contrato de maternidad restituyendo los derechos de Mary Beth, sin embargo, tomando en cuenta el interés superior de los niños, la Suprema Corte decidió que los Stern continuarían con la custodia de la niña, estableciendo un régimen de visitas para Mary Beth, similar a los que se estilaban en los casos de padres separados.¹⁰

En Francia en 1982, el doctor Sacha Reller fundó la asociación “Mères D’accueil” —Madres de Acogimiento— que era una organización cuya finalidad era contactar a parejas con problemas de esterilidad y madres dispuestas a alquilar su vientre. A partir de los trabajos de esta organización, en 1983 en Montpellier se sucede el primer caso de maternidad subrogada, en este caso se trató de un par de hermanas gemelas en las que una de ellas padecía de esterilidad y la otra prestó su vientre para que su hermana pudiera concebir.¹¹

V. BREVE PANORAMA DE LA GESTACIÓN POR ENCARGO EN EL MUNDO

Existen cuando menos dos escenarios en relación con el tema que nos ocupa. Por un lado, están las corrientes doctrinarias y legislativas que se decantan por la prohibición absoluta; por otro, sin embargo hay quienes proponen que la gestación por encargo sea admitida pero condicionan a ciertos elementos como el altruismo, ya que se parte del supuesto que en estos casos, hay que proteger a la mujer gestante, evitando que exista una retribución económica por concepto de pago por los servicios, pues se cree que ello únicamente nos conduce a la cosificación del cuerpo de las mujeres. Pasemos revista a cada caso.

Entre los países de corte prohibicionista destacan Alemania, Austria, Dinamarca, España, Francia, Italia, Suecia y Suiza.

Alemania por la vía civil y predominantemente por la vía penal, ha establecido una serie de restricciones y sanciones encaminadas a la protección del embrión.

¹⁰ *Idem*. Véase sinopsis de ese caso en el sitio de la Suprema Corte de Justicia de Nueva Jersey, disponible en: <http://www.ljfp.org/laws822/docs/1.htm> (consultada el 8 de septiembre de 2016).

¹¹ Anson, Francisco, *Se fabrican hombres. Informe sobre la genética humana*, Madrid, Rialp, 1998.

Efectivamente, en diciembre de 1990 se promulgó la Ley sobre Protección de Embriones,¹² en la que se abordan diversos temas relativos a los fenómenos que nos ocupan. Así, esta Ley prevé delitos especiales con diferentes sanciones corporales, por ejemplo, a quien transfiera a una mujer un óvulo fecundado ajeno; o bien, a quien haga fecundar un óvulo sin el propósito directo e inmediato de ser transferido, con la finalidad de producir un embarazo, en la mujer de quien proviene.

Aunque la Ley no lo denomina así, la gestación por encargo se encuentra prohibida, ya que se sanciona la fecundación artificial o la transferencia de embriones a una mujer, cuando ésta pretenda darlo a un tercero una vez alumbrado el hijo. En el caso alemán, la Ley contiene un apartado denominado “utilización abusiva de embriones humanos” en el que está expresamente prohibida la enajenación de un embrión, sancionando en general la creación de embriones con cualquier fin distinto a la procreación o embarazo de una mujer.

Por otra parte, en 1997 Alemania modificó diversas disposiciones de su Código Civil, entre las más relevantes se establece que la maternidad se regirá por el alumbramiento, es decir, se reputa madre a aquella mujer que da a luz a un hijo, lo que se encuentra en concordancia con la prohibición penal de la gestación por sustitución antes señalada.¹³

En el caso de Austria, la Ley Federal Sobre Reproducción Asistida emitida en 1992 establece que tanto ovocitos como embriones, sólo podrán ser utilizados en la paciente de la que procedan, lo que sin decirlo expresamente termina por ser una prohibición a la gestación por encargo, esto en la medida en que no pueden ser transferidos a otra mujer.¹⁴

En Dinamarca son tres leyes las que expresamente prohíben la gestación por sustitución. La primera de ellas es la Ley de Adopciones, en la que se prohíbe cualquier forma de acuerdo entre una mujer y cualquier otra persona, por virtud del cual ese tercero se convierta en padre de un hijo tenido por la primera. Se prohíbe, además, cualquier forma de publicidad que tenga por objeto promover la gestación por otro.

Adicionalmente la Ley Sobre Asistencia Médica para la Procreación prohíbe expresamente cualquier forma de acuerdo, comercial o altruista, para gestar por o para otro y, por último, la Ley sobre los Derechos del Niño

¹² Legislación en vigor desde el 1o. de enero de 1991.

¹³ Véase la legislación alemana en Brena Sesma, Ingrid *et al.*, *Código de leyes genéticas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, t. I.

¹⁴ *Idem.*

prohíbe cualquier acuerdo de gestación por sustitución, ordenando que en caso de existir, dicho acuerdo es considerado nulo.¹⁵

España es, sin duda, un pionero en la materia y quizá el país con la legislación más pormenorizada respecto del tema que nos ocupa. La historia legislativa en España data de finales de la década de los ochenta pues fue en 1988 cuando se emitió por primera vez la Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, una Ley que en su momento fue precursora, pionera y liberal en cuanto al análisis del fenómeno de la procreación humana asistida. No obstante, ya en esta primera legislación se establecía una prohibición expresa a la gestación por sustitución.

Quince años después, en 2003, se emite la Ley número 45 por medio de la cual se modificaba la anterior legislación, y tres años más tarde, se emitió una nueva legislación, la Ley 14/2006 del 26 de mayo. Esta legislación deroga las anteriores y establece las nuevas reglas para los procedimientos de Reproducción Asistida. Ahora bien, en esta última Ley se estableció (al igual que en la de 1988) que todo contrato en el que se convenga la gestación a cargo de una mujer que renuncie a la filiación materna en favor de un tercero será nulo. Expresamente enuncia que es el parto el que determinará la filiación de los hijos, incluso en aquellos casos en que éstos se deriven de una gestación por sustitución.

En el caso de Francia, es en 2004 cuando se legisla definitivamente sobre la materia.¹⁶ La legislación francesa define la asistencia médica en materia de procreación como toda práctica que permita la procreación humana fuera del proceso natural. Reconoce la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial y deja abierta la puerta a cualquier técnica equivalente que permita los mismos resultados.

En cuanto a la gestación por sustitución, ésta se encuentra prohibida, en este sentido, la filiación de un hijo respecto de la madre, siempre se establecerá a partir del alumbramiento.

Un dato particular de la legislación francesa establece que solamente los embriones concebidos en los que se incluya el material genético de al menos uno de los miembros de la pareja, podrán entrar o salir del territorio nacional. También prescribe que ningún embrión humano puede ser concebido ni utilizado con fines comerciales o industriales. Lo que, al menos en

¹⁵ Véase al respecto diversos estudios de derecho comparado, efectuados por el senado francés, disponible en: https://www.senat.fr/lc/lc182/lc182_mono.html#toc23 (consultada el 8 de septiembre de 2016).

¹⁶ Véase la Ley número 2004-800, disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000441469> (consultada el 8 de septiembre de 2016).

la parte comercial, cierra de nueva cuenta la posibilidad de la gestación por sustitución mediando un pago.

En lo concerniente a Italia, el artículo 4.3 de la Ley 40/2004,¹⁷ prohíbe el uso de la procreación médicamente asistida de carácter heterólogo, lo que imposibilita de hecho la gestación por encargo. Adicionalmente, el artículo 9o. sección 2a., señala que la madre del nacido a través de la aplicación de técnicas de procreación con asistencia médica no puede negar la procreación así lograda, es decir, en este artículo se limita a la gestante la posibilidad de no reconocer al hijo en el acta de nacimiento.¹⁸

En el caso de Suecia, la Ley 711/1984 del 14 de junio sobre fertilización *in vitro*, permite la introducción en el cuerpo de la mujer de un óvulo fecundado externamente sólo si: a) la mujer es casada y lo consiente, b) si lo consiente el cónyuge o conviviente dando su consentimiento por escrito, y c) si el óvulo es de la mujer y ha sido fecundado con esperma del marido o conviviente. Así pues, de acuerdo con la tercera alternativa es de concluirse que la gestación por encargo, se encuentra prohibida en este país.

En relación con Suiza, la primera característica que hay que hacer notar es que, en materia de medicina reproductiva, cuenta con una regulación a nivel constitucional.¹⁹ Efectivamente, la Constitución suiza dedica un apartado a la Seguridad Social y la Salud, y en su artículo 119 se establecen diferentes normas relativas a la medicina reproductiva e ingeniería genética en el ámbito humano. En lo que hace a la gestación por sustitución, ésta se encuentra prohibida por el artículo 119 c) de la misma Constitución.

Adicionalmente, la Ley Federal sobre Procreación Médicamente Asistida de 2006,²⁰ ratifica lo antes señalado ya que prohíbe la gestación por sustitución, con independencia de si ésta es altruista u onerosa.

Entre los países de corte permisivo condicionado, encontramos a Brasil, Canadá, Estados Unidos, Israel, los Países Bajos, Reino Unido, e inclusive México.²¹

¹⁷ Disponible en: <http://www.camera.it/parlam/leggi/04040l.htm> (consultada el 8 de septiembre de 2016).

¹⁸ Véase Baffone, Cristiana, “La maternidad subrogada: una confrontación entre Italia y México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 46, núm. 137, UNAM, mayo-agosto de 2013.

¹⁹ Véase la Constitución Federal de la Confederación Suiza de abril de 1999, disponible en: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ch/ch191es.pdf> (consultada el 8 de septiembre de 2016).

²⁰ Disponible en: <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20001938/index.html> (consultada el 8 de septiembre de 2016).

²¹ En el caso de México, sólo tres estados de la república permiten expresamente la gestación por sustitución.

En el caso de Brasil la autorización deriva de una resolución emitida por el Consejo Federal de Medicina del 15 de diciembre de 2010. Mediante esta resolución se autorizó a la gestación por sustitución pero se condiciona a que quien facilite el vientre guarde relación de parentesco con la solicitante en segundo grado consanguíneo, otra condición expresamente impuesta es que no puede hacerse a título oneroso o comercial.²²

Canadá, después de años de debate y a partir de un proyecto de ley surgido en 2002 denominado Assisted Human Reproductive Act, logró, en marzo del 2004, emitir una ley relativa a la reproducción asistida,²³ que por disposición expresa registrará en todo Canadá.²⁴ Bajo el auspicio de esta Ley se crea la agencia canadiense de control de la procreación asistida y se prohíbe expresamente la maternidad subrogada con fines comerciales, dejando abierta la posibilidad de que este tipo de procedimiento se efectúe con fines altruistas, lo que cabe decir, contraviene lo dispuesto por el Código Civil de Quebec, en el que está prohibida toda forma de subrogación de matriz.²⁵

En los Estados Unidos de América existen posiciones divergentes respecto del tema,²⁶ sin embargo, el estado más emblemático es California y esto es así, dado que es la entidad con más agencias que actúan como intermediarias entre quienes solicitan y quienes ofrecen el servicio.²⁷

En California se permite la gestación por sustitución y si bien no se acepta un pago por tales servicios, sí se autoriza una compensación económica para la gestante, compensación que en los hechos representa un pago. Las principales condiciones son las siguientes:

²² Véase Lam, Eleonora, “Gestación por sustitución. Realidad y derecho”, *Revista para el Análisis del Derecho*, disponible en: http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf (consultada el 8 de septiembre de 2016).

²³ Véase la Respecting Assisted Human Reproduction and Related Research Act, disponible en: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/a-13.4/fulltext.html> (consultada el 8 de septiembre de 2016).

²⁴ Véase Roberts, Lance W., *Recent Social Trends in Canada*, Canadá, McGill-Queen’s Press, 2005.

²⁵ Véase al respecto el artículo 541 del Código Civil para la provincia de Quebec, Canadá, disponible en: <http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/showdoc/cs/CCQ-199> (consultada el 8 de septiembre de 2016).

²⁶ Columbia y Arizona son por ejemplo dos estados en donde la gestación por sustitución se encuentra prohibida. En tanto, Texas y Utah son estados permisivos. Véase “Surrogacy”, *Law and Human rights Edited by Paula Gerber*, Australia, Monash University-Katie O’Byrne Doughty Street Chambers, U. K., 2015, disponible en: <https://books.google.com/books?isbn=1317048210> (consultada el 8 de septiembre de 2016).

²⁷ Véase *World Collaborative Report on Assisted Reproductive Technology*, 2002, vol. 24, núm. 9, 2009, disponible en: <http://humrep.oxfordjournals.org/content/24/9/2310.full.pdf+html> (consultada el 8 de septiembre de 2016).

- a) La existencia de un acuerdo previo entre los involucrados.
- b) A partir de dicho acuerdo, es necesario iniciar un procedimiento judicial en el que se determinará, de manera previa, la filiación del menor.²⁸
- c) El procedimiento antes aludido tiene por objeto extinguir la posible filiación de la madre gestante y de su marido,²⁹ en caso de estar casada.
- d) Este procedimiento tiene por objeto evitar un juicio por adopción, ya que una vez agotado, se ordena al hospital correspondiente que una vez nacido el bebé se incluya como progenitores a la pareja o persona contratante.

Israel es otro de los países que desde 1996 permiten, bajo ciertas condiciones, la gestación por sustitución, la legislación israelí surgió a partir de un caso particular, *Nahmani c. Nahmani*.³⁰ No obstante, este país es uno de los que mayores requisitos impone ya que en principio exige que los solicitantes sean una pareja de hombre y mujer que se encuentren casados y quienes deberán acreditar que la mujer padece de infertilidad, o bien de algún tipo de incapacidad para el embarazo.

Dado que, como se adelantó, los solicitantes deben ser una pareja casada se exige además que: *a)* los embriones a implantarse en la mujer gestante, deben contener al menos, la carga genética del varón de dicha pareja, *b)* no debe existir relación de parentesco entre gestante y solicitantes, *c)* la gestante en principio, debe ser una mujer soltera, no obstante y por la intermediación de un comité, este requisito puede ser dispensado, *d)* la gestante debe profesar la religión judía, a menos que la solicitante no la profese, en cuyo caso queda dispensado este requisito.

En cuanto a las cuestiones de filiación, la ley establece que en principio la paternidad en estos casos es en favor de los solicitantes, no obstante, ello debe ser ratificado mediante pronunciamiento judicial. En este mismo orden de ideas, la legislación israelí dispone que la gestante está imposibilita-

²⁸ Véase la sección 7630 (f) del Código Familiar del Estado de California, disponible en: <http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=fam&group=07001-08000&file=7630-7644> (consultada el 8 de septiembre de 2016).

²⁹ Esto se hace para evitar la regla general de presunción paterna de las parejas unidas en matrimonio establecida en el mismo Código Familiar. Véase la sección 7611 del código aludido en la que se establece que: “A man is presumed to be the natural father of a child”, disponible en: <http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=fam&group=07001-08000&file=7610-7614> (consultada el 8 de septiembre de 2016).

³⁰ Sentencia del caso disponible en: <http://www3.lawschool.cornell.edu/AvonResources/Ruth-Nahmani.v.DanielNahmani.pdf> (consultada el 8 de septiembre de 2016).

da para rescindir el contrato salvo que un tribunal, y siempre basados en el mejor interés del menor, considere que esto deba ser así.

En los Países Bajos la gestación por encargo es permitida siempre y cuando no exista de por medio una contraprestación económica. Dos son los textos que aluden al tema que nos ocupa; por un lado, el Código Penal y, por el otro, el Reglamento para los establecimientos que practican la fecundación *in vitro*.

El Código Penal de los Países Bajos sanciona a cualquiera que promueva o favorezca la gestación por sustitución como una actividad profesional. En cuanto al Reglamento aludido, éste precisa que se permite la gestación por encargo por medio de la técnica de fecundación *in vitro*, siempre que el médico responsable certifique que la gestación por sustitución es el único medio posible para que una mujer [la solicitante] pueda convertirse en madre, por ejemplo, cuando ésta carezca de útero, o bien, cuando se haya recurrido a todos los medios disponibles para que pueda embarazarse y, sin embargo, esto haya sido imposible. Otra condición que impone el Reglamento es que la mujer que facilita su vientre haya tenido al menos un hijo.

Adicionalmente, el Reglamento remite a las directivas de la Asociación Obstétrica y Ginecológica de los Países Bajos, la que dispone que: *a)* la gestante deberá ser una mujer menor de 44 años, *b)* la madre genética [solicitante] no debe tener más de 40 años, *c)* no pueden ser transferidos más de dos embriones a la gestante, *d)* todos los interesados deberán ser informados de manera verbal y escrita de las consecuencias médicas, psicológicas y jurídicas implicadas en una gestación por sustitución, *e)* tanto durante como después del procedimiento, los involucrados deben recibir un acompañamiento psicológico y, *f)* los solicitantes deben ser informados que la madre gestante es, jurídicamente, la madre del bebé así nacido y ésta puede, si así lo desea, no entregar al mismo.

Si bien se permite la gestación por encargo en los términos antes descritos, el hecho es que la legislación civil no prevé cómo solucionar las cuestiones de parentalidad, por lo que en todo caso, en términos civiles, el niño nacido de una gestación por encargo deberá en todo caso ser adoptado.³¹

El país más emblemático del sistema *common law* lo es sin duda el Reino Unido; en este país, la investigación biotecnológica en materia de procreación humana asistida inició hace mucho y ha sido un pionero en el área. Baste recordar al respecto, que fue precisamente en Inglaterra donde se

³¹ Véase al respecto diversos estudios de derecho comparado, efectuados por el Senado francés, disponible en: https://www.senat.fr/lc/lc182/lc182_mono.html#toc23 (consultada el 8 de septiembre de 2016).

concióbó la llamada primer bebé probeta del mundo, la ya legendaria Louise Brown.³²

En el tema que nos ocupa, la legislación establece que, en principio, se considerará madre a aquella mujer que resulte embarazada como consecuencia de la implantación de un embrión, aun cuando éste sea ajeno a ella, siempre y cuando no exista un acuerdo previo de subrogación de matriz.

Cabe decir que, además de la necesidad de un acuerdo previo al respecto, es necesario que los padres que reciban al hijo soliciten a los tribunales el reconocimiento como padres, exhibiendo el acuerdo de referencia dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del hijo; en esta hipótesis, el tribunal podrá decidir favorablemente, siempre y cuando el o los padres biológicos, acepten incondicionalmente la decisión judicial.

Para que el tribunal pueda aprobar un acuerdo de subrogación, es necesario que el mismo tribunal constate que dicho acuerdo no fue a título oneroso, entendiendo por ello que no hubo un acuerdo económico, lo que no impide, sin embargo, que a la mujer gestante se le retribuyan aquellos gastos razonables, derivados del propio proceso de gestación .

No obstante lo anterior, la ley establece que ningún acuerdo de subrogación podrá ser ejecutado coactivamente en contra de ninguna de las partes, de ahí la exigencia antes señalada de que el tribunal deberá constatar que los padres acepten incondicionalmente la decisión del tribunal.

Por último, es de señalarse que Inglaterra desde 1985 ya contaba con una regulación relativa a la gestación por encargo; en dicha regulación se prohíbe por ejemplo la intervención de terceros en la negociación de acuerdos de subrogación con fines comerciales, prohibiendo igualmente toda forma de publicidad o propaganda en relación con dicha actividad.³³

Como hemos visto, Inglaterra cuenta con una legislación de corte liberal en donde la utilización de las técnicas de procreación humana asistida queda condicionada a la obtención de licencias o permisos, por lo cual podemos afirmar que la ley sólo representa un andamiaje jurídico que toma vida realmente a partir de las autorizaciones que, vía administrativa, expida la Human Fertilisation and Embriology Authority, quien es formalmente

³² Cabe hacer notar que Louise Brown, según lo reseñan los periódicos londinenses, en 2006 se encontraba embarazada, y que dicho embarazo fue logrado por medios naturales. Véase la página del periódico *Daily Mail*, disponible en: http://www.dailymail.co.uk/pages/live/articles/news/news.html?in_article_id=394894&in_page_id=1770 (consultada el 8 de septiembre de 2016).

³³ Véase la Surrogacy Arrangements Act., disponible en: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49/pdfs/ukpga_19850049_en.pdf (consultada el 8 de septiembre de 2016).

la autoridad encargada de reglamentar a detalle la aplicación práctica de dichas técnicas.

México es otro de los países en los que en ciertos estados de la república está permitida la gestación por sustitución de manera condicionada, aunque otros más expresamente prohíben la práctica, de ello daremos cuenta en el apartado siguiente.

VI. LA SITUACIÓN EN MÉXICO: PROPUESTAS LEGISLATIVAS

1. *Propuesta de 2015*

El 13 de octubre de 2015, varios senadores de la República presentaron una iniciativa de ley que pretendía reformar diversos artículos de la Ley General de Salud, de acuerdo con la exposición de motivos, la idea era prohibir la gestación por sustitución, lo interesante de esta propuesta es analizar la argumentación que se dio como sustento para la misma, argumentación que es posible analizar a partir de la exposición de motivos.

Empezaremos señalando que en dicha propuesta legislativa se equipara como iguales lo que podríamos llamar “*gestación por imposición*” con la maternidad subrogada o gestación sustituta. Así, se puede leer en el segundo párrafo de la exposición de motivos lo siguiente:

La explotación de mujeres con fines reproductivos (EMFR), supone un severo retroceso en materia de derechos humanos y equidad de género pues, tal como señala un informe presentado ante el Parlamento Europeo, la maternidad subrogada constituye una objetivación tanto de los cuerpos de las mujeres como de los niños y representa una amenaza a la integridad corporal y a los derechos humanos de las mujeres.

Esta afirmación dice estar basada en un informe presentado ante el Parlamento Europeo, informe que sin embargo no existe. El supuesto informe al que se alude en la iniciativa, es en realidad un documento derivado de un debate hacia el interior del propio Parlamento Europeo sobre los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.³⁴ Adicionalmente, dicho documento (que no informe) ni siquiera es un documento aceptado, toda vez que en el debate correspondiente no se logró la mayoría necesaria para tales

³⁴ Véase en el sitio oficial del Parlamento Europeo, disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=fr&reference=2013/2040\(INI\)](http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=fr&reference=2013/2040(INI))

efectos,³⁵ existiendo además una propuesta de resolución alternativa, en la que por cierto nada se dice respecto de la maternidad subrogada.³⁶

En esta iniciativa se equipara, sin sustento alguno, a la maternidad subrogada con la trata de personas, para lo cual se apoyan en un estudio de la Organización Internacional para las Migraciones, Misión México, denominado “La trata de personas en México”. Cabe señalar que este documento alude a su vez al Protocolo de Palermo, en el que en una de las modalidades de la trata de personas se menciona el alquiler de vientres,³⁷ que no así a la gestación por sustitución. La distinción no es baladí ya que la condena en todo caso en dicho texto va encaminada al alquiler de vientres, particularmente cuando se efectúa en contra de la voluntad de las mujeres.

En el mismo material de “La trata de personas en México”, se cita a la Guía de Intervención Psicosocial para la asistencia directa con Personas Víctimas de Trata de 2007, en donde se alude también a los vientres de alquiler como una forma de explotación, pero de nueva cuenta nada se dice sobre la maternidad subrogada o gestación por sustitución. Es decir, el énfasis en ambos documentos radica en el “alquiler” de vientres y muy particularmente en el *alquiler forzado* o en contra de la voluntad verdadera y expresa de las mujeres.

En este orden de ideas, la principal deficiencia de esta iniciativa es que equipara a la gestación por sustitución como trata de personas, cuando es a la inversa. Efectivamente, la gestación por encargo no implica en sí misma la trata de personas, sino que la trata de personas puede implicar, en alguna de sus modalidades, una gestación por sustitución forzada, que sería en todo caso lo sancionable.

En la iniciativa también se afirma que: “Esta situación se presenta sobre todo en países en los que existe una gran brecha de desigualdad y pobreza que facilita los contratos entre mujeres dispuestas a rentar su cuerpo y personas dispuestas a utilizarlo, ocurre en la India o Ucrania”; para apoyar tal afirmación se basan en una nota periodística de la BBC,³⁸ sin embargo, en dicha nota periodística, contrario a lo que se pretende justificar en la inicia-

³⁵ Véase <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0306+0+DOC+XML+V0//ES> (consultada el 8 de septiembre de 2016).

³⁶ Véase <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+AMD+A7-2013-0306+001-001+DOC+PDF+V0//ES> (consultada el 8 de septiembre de 2016).

³⁷ Véase la página 26 del documento denominado “La trata de personas en México”, 2011, disponible en: http://publications.iom.int/bookstore/free/La_Trata_de_personas.pdf (consultada el 8 de septiembre de 2016).

³⁸ Véase http://www.bbc.com/mundo/noticias/2011/01/110125_maternidad_subrogada_men (consultada el 8 de septiembre de 2016).

tiva, si bien se habla de la desigualdad y la pobreza también se menciona que:

De manera que ¿se debe negar o complicar aún más este proceso? ¿O se debe permitir pagar por ésta, que para muchas mujeres es la única opción de tener un hijo?

Según Louisa Ghevaert “el altruismo y la comercialización pueden coexistir. Hemos visto casos exitosos en India, Ucrania y Estados Unidos en los cuales las madres gestantes participan en el proceso con un alto nivel de altruismo y muy conscientes de lo que están haciendo”.

Es decir, están conscientes del increíble “regalo de vida” que están haciendo a una pareja cuyas vidas se ven arruinadas por su incapacidad de tener un hijo.

Así pues, los redactores de la iniciativa se contradicen, pues queriendo justificar una argumentación contraria a la gestación por encargo, utilizan una fuente que exalta precisamente, este tipo de procedimientos.

Por otro lado, la iniciativa alude a “aquellos países en los que el crimen organizado venía operando con amplios márgenes de impunidad, como los terribles casos registrados en Tailandia y Nigeria”.

Al respecto cabe señalar que en el caso de Tailandia la prohibición de la gestación por encargo, no se debió ni al tráfico de personas ni al crimen organizado. El elemento detonante para dicha prohibición, fue que una pareja australiana que recurrió a la subrogación de vientre y contrató a una mujer tailandesa (quién gestó gemelos), se negó a recibir a uno de los gemelos así concebidos por presentar síndrome Down.³⁹

En el caso de Nigeria⁴⁰ es cierto que se han desmantelado bandas que tenían secuestradas a mujeres embarazadas para traficar con esos niños al nacer, lo que efectivamente es un grave delito que en cualquier parte del mundo debe estar prohibido, pero que nada tiene que ver con la gestación por encargo.

Otra de las afirmaciones carentes de sustento, pero contundentes, que podemos leer en la iniciativa que se comenta, es que de acuerdo a sus redactores: “La explotación de mujeres con fines reproductivos, es también llamada gestación subrogada”, afirmación que no se justifica en ningún momento, ya que en los documentos citados en dicha iniciativa nunca se equi-

³⁹ Véase <http://colegiodebioetica.org.mx/wp/2014/09/08/una-pareja-australiana-abandona-beb-con-sndrome-de-down-de-madre-subrogada/> (consultada el 8 de septiembre de 2016).

⁴⁰ Véase <http://www.abc.es/sociedad/20150527/abc-vientres-alquiler-maternidad-subrogada-201505261037.html> (consultada el 8 de septiembre de 2016).

para a la explotación de mujeres con fines reproductivos con la maternidad subrogada. Lo que sí dicen esos documentos es que, el alquiler de vientre (que es la expresión utilizada en los mismos) forzado o en contra de la voluntad de la mujer, se puede equiparar a la trata de personas, pero no a la inversa.

Llama la atención también que en dicha iniciativa se confunden conceptos como donación de órganos con gestación por encargo, pues se puede leer en la misma que: “Así pues, por mayoría de razón podemos afirmar que, si las partes del cuerpo humano no pueden ser comerciadas lícitamente dentro del territorio nacional, mucho menos podrán serlo seres humanos completos”.

Desde nuestro punto de vista, en el caso de la gestación por encargo (maternidad subrogada) no se comercia con una parte del cuerpo, ya que en todo caso esto implicaría, en los términos de la Ley General de Salud, el hecho de vender el útero. Lo que está en juego en la gestación por sustitución, es la posibilidad de utilizar un órgano (el vientre) de otra persona, lo que en nuestra opinión no tiene nada de ilegal. Al respecto, baste señalar que en cualquier contrato de prestación de servicios profesionales, lo que se “alquila”, por regla general, es precisamente la función de un órgano, por ejemplo el cerebro.

En el párrafo catorce de la iniciativa se puede leer: “no puede afirmarse de ninguna manera que dicho precepto constitucional [refiriéndose al artículo 4o.] confiere un derecho irrestricto a tener hijos ni, mucho menos, lo hace exigible al Estado”. Al respecto cabe señalar que la realidad es contraria a lo que dice la iniciativa, ya que la Constitución sí concede a los mexicanos un derecho irrestricto a tener hijos, estableciéndose como única limitante que se haga de manera libre e informada.

Adicionalmente, se afirma que la maternidad subrogada implica un “comercio de seres humanos”, lo que es falso, ya que al facilitar el vientre una mujer, no se comercia con seres humanos, particularmente si la mujer que lo hace, concibe a un hijo con el que no tiene vinculación genética.

Insistimos que, en todo caso, el comercio se limita y restringe al uso de un órgano (el vientre), lo que en ninguna parte de nuestro sistema jurídico se encuentra expresamente prohibido.

2. *Propuesta de 2016*

Ahora bien, para los efectos del Apartado “A” del artículo 72 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la iniciativa de 2015 fue

turnada a la Cámara de Diputados, sin embargo, en el documento final (iniciativa de 2016) ya no se prohíbe la “gestación subrogada” y por el contrario el dictamen que llegó a la Cámara de Diputados pretende regularla. La propuesta en concreto establece que:

Artículo 462 ter. La gestación subrogada estará permitida únicamente bajo estricta indicación médica, entre nacionales y sin fines de lucro, en los términos de esta Ley. Se impondrán de seis a diecisiete años de prisión y multa por el equivalente de ocho mil a diecisiete mil veces la unidad de medida y actualización, en los siguientes supuestos:

I.- Al que obtenga el consentimiento de una mujer mediante el pago de una contraprestación, el uso de cualquier tipo de violencia, o aprovechándose de una situación de pobreza o ignorancia, para que se transfieran uno o más embriones a su útero y después del nacimiento renuncie a los derechos y deberes que derivan de su maternidad, para entregar al o los menores a los contratantes o terceras personas;

En principio, la fracción primera del artículo 462 ter se compone de dos supuestos, el primero alude a que se obtenga el consentimiento de una mujer a través del pago, el uso de la violencia o el aprovecharse de la pobreza o ignorancia de la misma, para ser transferidos en su útero uno o más embriones.

El segundo supuesto sanciona a aquella mujer que después del nacimiento del producto del embarazo, renuncie a los derechos y deberes derivados de su maternidad, para entregar al o los menores a los contratantes o terceras personas

Cada uno de estos dos supuestos, analizados por separado, guardan una cierta coherencia lógica, sin embargo, al sumar ambos supuestos, como está redactada la fracción primera del artículo 462 ter, el resultado deviene contradictorio. Para comprobar lo antes dicho recurriremos a las siguientes hipótesis:

Primera hipótesis, referida a la primera parte de la fracción I:

El señor “H” obtiene el consentimiento de la señora “X” para que le sean transferidos a ésta uno o más embriones, pero lo hace mediante el pago de una contraprestación, ejerciendo cualquier tipo de violencia o aprovechándose de la pobreza o ignorancia de la señora “X”.

Bajo esta primera hipótesis, la lógica nos dice que la víctima es la señora “X”, ya que es ella quien es objeto de violencia y el delincuente es el señor “H”, ya que es este último quien ejerce la violencia

Segunda hipótesis, referida a la segunda parte de la fracción I:

Si la señora X, que es sobre quien originalmente se ejerció violencia, renuncia después del nacimiento a los derechos y deberes que derivan de su maternidad, terminará siendo sancionada. Visto así y derivado de una mala redacción, la señora “X” ya no es la víctima sino que se convierte en la delincuente. La pregunta es entonces, quién es la víctima y quién el victimario.

Otra interpretación posible es que se pretenda sancionar a los dos, a quien ejerce violencia y a la mujer que renuncie a los derechos y deberes que derivan de su maternidad. Lo que también nos lleva a incoherencias, pues no hay que olvidar que sobre esa mujer se ejerció violencia, a fin de que recibiera el embrión y continuara con la gestación.

En cuanto a la fracción II, resulta igualmente contradictoria toda vez que ordena: “II. A quien mediante gestación subrogada transfiera uno o más embriones al útero de una mujer que se haya sometido a dos embarazos previos por la misma técnica”.

En este supuesto es evidente que la sanción va dirigida al facultativo de la salud que es, en todo caso, quien domina la técnica de la transferencia de embriones. Siendo así tendríamos que preguntarnos, cómo harán los médicos para saber si una mujer “X” ha recurrido en dos o más ocasiones a la transferencia embrionaria y ha quedado embarazada.

Es decir, en el caso que nos ocupa convertimos al médico, por medio de una disposición normativa en una especie de investigador. Diferente sería si se estableciera que será sancionada aquella mujer que se someta a más de dos procedimientos de maternidad subrogada, ya que es esa hipotética mujer, la única que podría saber, a ciencia cierta, el número de procedimientos a que se ha sometido.

La fracción III también resulta paradójica, pues establece que: “III. Al que realice un procedimiento de gestación subrogada para entregar al o los hijos resultantes a una persona de nacionalidad distinta de la mexicana”. Esta prohibición resulta incomprensible, pues si bien pareciera que se pretende evitar el turismo médico, se ignora el hecho de que nuestra legislación civil permite la adopción internacional por extranjeros.

A su vez, la fracción IV del mismo artículo establece: “A quien promueva, favorezca, facilite, publicite o realice procedimientos de gestación subrogada con fines de lucro”. La parte alarmante de esta fracción es precisamente donde dice “...o realice procedimientos de gestación subrogada con fines de lucro”, ya que bajo esta hipótesis supondríamos que ningún profesional que intervenga en un procedimiento de gestación por sustitución podría cobrar honorarios, lo que toca de manera particular a los médicos, quienes en caso de realizar un procedimiento de “gestación subrogada” tendrían que hacerlo de manera altruista.

Para poner en contexto todo lo anterior, no hay que olvidar que las sanciones van de seis a diecisiete años de prisión, multa por el equivalente de ocho mil a diecisiete mil veces la unidad de medida y actualización. A las anteriores sanciones, hay que agregar que si intervinieran profesionales, técnicos o auxiliares de las disciplinas para la salud, se les aplicará, además, suspensión de cinco a ocho años en el ejercicio profesional, técnico o auxiliar y hasta seis años más, en caso de reincidencia.

De todo lo anterior y, particularmente viendo la gravedad de las sanciones, tendríamos que preguntarnos cuál es el bien jurídicamente protegido mediante este tipo de disposiciones, pues no hay que olvidar que las sanciones de tipo penal obedecen precisamente a la protección de ese bien jurídico.

Tampoco olvidemos que en materia penal la idea del bien jurídico según Ferrajoli,⁴¹ alude al grado de ofensividad de los posibles hechos que afecten a una sociedad y es precisamente ese grado de ofensividad el que, en todo caso, justifica una medida sancionadora de carácter penal.

3. *Legislación nacional*

A. *Tabasco*

Si bien en Tabasco desde 1997 se reconocía la posibilidad de recurrir a la gestación por encargo, es a principios de 2016 cuando, mediante una modificación a la legislación civil se regula (o se intenta regular) el tema que nos ocupa. Así, a partir de 2016 el Código Civil de Tabasco cuenta con un apartado denominado “De la gestación asistida y subrogada”.

Ahora bien, es evidente que quienes elaboraron esta reforma del Código Civil desconocen profundamente el tema, ya que a lo largo del capítulo correspondiente, podemos encontrar un amplio repertorio de contradicciones o absurdos, mismos que en muchos de los casos resultan violatorios de los más elementales derechos fundamentales. Veamos a qué nos referimos.

- a) En principio se establece que estos procedimientos sólo son permitidos para cónyuges o concubinos, dejando de lado por ejemplo a hombres

⁴¹ Véase el excelente artículo “Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales”, de Luigi Ferrajoli, disponible en la base de datos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r16993.pdf> (consultada el 8 de septiembre de 2016).

o mujeres solteros, lo que representa una franca violación de los derechos humanos, particularmente en lo referente a la no discriminación. En el mismo apartado se establece, además, que es válido el consentimiento expresado en vida por algún cónyuge o por algún concubino, para los efectos de que sus gametos puedan ser utilizados después de su muerte en un procedimiento de inseminación. Hasta aquí pareciera que el único problema es la reiteración (discriminatoria) de que estos procedimientos están reservados para cónyuges o concubinos. Sin embargo, va más allá, pues no parece haber razones para permitir la inseminación posmortem y excluir la posibilidad de la implantación de un óvulo fecundado también posmortem, alternativa que por omisión legislativa, no fue ni siquiera considerada. En consecuencia, hay criopreservación de gametos para ser utilizados *posmortem*, pero no criopreservación de embriones.

- b) La legislación define la gestación por contrato como aquella 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.

El problema es que en el siguiente artículo se establece que existen dos modalidades para la gestación por contrato, una mediante una figura denominada subrogada y otra denominada sustituta.

Así, se entiende por gestante subrogada a aquella mujer que es inseminada⁴² pero que además aporta sus óvulos, la que después del parto deberá entregar al recién nacido a la madre contratante, esto mediante una adopción plena.

Un primer cuestionamiento a este apartado es que, de la redacción del mismo podemos suponer que para efectos legales, el recién nacido es considerado hijo de la gestante, y sólo podrá ser entregado a la contratante si después del parto la gestante decide (podría no hacerlo) darlo en adopción. Siendo así, para qué reconocer la existencia de un acuerdo previo al respecto.

Por otra parte, se define a la gestante sustituta como aquella mujer que es contratada, exclusivamente, para portar en su vientre un embrión obtenido mediante fecundación *in vitro* con el material genético de la pareja o persona contratante.

⁴² Aunque no se dice en la redacción de todo el apartado, es de concluirse que es inseminada con material genético del varón, de la pareja o incluso de terceros, pues la Ley reconoce la inseminación heteróloga.

Lo primero que hay que destacar como contradicción es que, según se adelantó, la Ley define la gestación por contrato como aquella práctica médica mediante la cual una mujer “gesta el producto fecundado por los padres contratantes” y, no obstante, luego cambia las reglas del juego, pues la gestación por contrato implica una gestación en la que siempre el material genético debería derivar de los contratantes, pero al definir a la gestante subrogada, abre la puerta para que la mujer gestante aporte su material genético.

Por otro lado, la Ley es enfática al ordenar que estos procedimientos sólo podrían solicitarlos parejas casadas o en concubinato, sin embargo, cuando se define a la gestante subrogada, dice que ésta entregará al recién nacido a “la madre contratante”, lo que parecería que abre la puerta a que mujeres solas recurran a estos procedimientos.

De igual manera, al definir quién es considerada la gestante sustituta, establece que ésta recibirá en su vientre un embrión obtenido por la fecundación de la pareja, pero agrega: “o de la persona contratante”. Como podemos ver, la redacción de estos apartados es confusa y entrelazando las diversas ideas que contienen los mismos, resulta imposible llegar a soluciones lógicas.

- c) Por otra parte, y sin razón aparente alguna, se imponen ciertos criterios de edad tanto para la mujer contratante como para la gestante. En el caso de la gestante, la Ley ordena que deberá encontrarse en un rango de edad de entre 25 y 35 años, en tanto que la contratante deberá tener entre 25 y 40 años. No obstante, en ninguna parte de la Ley se establece cuáles fueron los criterios para imponer dichas limitantes de edad. Adicionalmente, cabe señalar que en cuanto a los varones, la Ley es omisa, pues nada dice al respecto, por lo que nuevamente nos encontramos frente a elementos discriminatorios avalados por dicha legislación.
- d) Un apartado francamente inquietante es el contenido en el último párrafo del artículo 380 bis 3 del Código Civil tabasqueño, en el que se establece que,

en caso de que la gestante sustituta o su cónyuge demanden la paternidad o maternidad, solamente podrán recibir, previo reconocimiento de su cónyuge, la custodia del producto de la inseminación, únicamente cuando se acredite la incapacidad o muerte de la madre o padre contratantes.

Decimos que resulta inquietante pues el mismo contiene un sinnúmero de contradicciones que analizaremos, en seguida:

1. La mujer gestante sustituta, de acuerdo a la misma Ley, es aquella que no aportó material genético y que recibió en su vientre un embrión producto del material genético de la pareja contratante. Siendo así, resulta absurdo que esta mujer pudiera demandar la maternidad, ya que el recién nacido posterior al parto no cuenta con ningún elemento biológico-genético que lo vincule con dicha mujer.
 2. Resulta absurdo que una mujer que gesta un ser humano, 100% ajeno a ella biológicamente, pero más absurdo es que su cónyuge pudiera reclamar paternidad alguna.
 3. Es evidente que el legislador tabasqueño no domina o no entiende el tema implicado en la reproducción humana asistida y en la gestación por sustitución, pues como habíamos dicho, de acuerdo con esta legislación, la mujer gestante sustituta es aquella que recibe en su vientre un óvulo previamente fecundado (necesariamente mediante el procedimiento de fecundación *in vitro*), sin embargo, en el párrafo que se comenta no se habla de fecundación *in vitro*, sino de inseminación. Así, se establece, erróneamente, que la gestante sustituta o su cónyuge podrán demandar la paternidad “del producto de la inseminación”, lo que es absurdo con base en las definiciones dadas por la misma legislación.
 4. Adicionalmente, amén de que nos parece absurdo que la gestante sustituta (que no aporta su material genético) y peor aún su cónyuge, pudieran demandar la paternidad del recién nacido, la Ley dice que en todo caso recibirían la custodia. Esto demuestra que el legislador tampoco conoce de los derechos filiatorios, pues al demandar la paternidad o la maternidad, lo que está en juego es la patria potestad y no la custodia.
 5. Por último, en cuanto a la custodia antes aludida, podría entregarse a la gestante sustituta o a su cónyuge, sólo si existiera incapacidad o muerte de la madre o padre contratantes. Nótese en este caso la utilización de la letra “o”, de las últimas cuatro palabras de la oración. Así, bajo esta redacción, bastaría la incapacidad o bien la muerte de uno de los dos contratantes para que la custodia le pudiera ser retirada al otro u otra, lo cual es también francamente absurdo.
- e) En el apartado bis 5 del mismo artículo, podemos apreciar otro sinsentido al establecerse que: “Para los efectos de la fracción III del presente artículo, el médico tratante adicionalmente deberá extender y solicitar los certificados médicos que acrediten los supuestos correspondien-

tes...”. La fracción III mencionada alude a la imposibilidad o contraindicación médica de la contratante para gestar. Pues bien, como se puede apreciar de la sola lectura, el médico tratante es quien deberá, por un lado, expedir los certificados que acrediten tal circunstancia y, por el otro, solicitar dichos certificados.

f) Por último, en la parte final del mismo apartado bis 5 se establece que:

Una vez que sea suscrito el instrumento jurídico ante notario público, deberá ser aprobado por el juez competente, a través de procedimiento judicial no contencioso, en el que se reconozca el vínculo entre los contratantes y el feto, a su vez que la gestante, y en su caso, su cónyuge o concubino renuncien a cualquier derecho de parentesco con el recién nacido.

Si esto es así y debe suceder de manera previa, cómo es entonces que la propia Ley reconoce la posibilidad de que la gestante sustituta o inclusive su cónyuge puedan demandar la paternidad o maternidad. De igual manera, si se obliga a una renuncia de la gestante y su cónyuge (que además debe ser dada ante notario y pasada por un juez) resulta absurdo que la misma legislación exija que el hijo así nacido deba ser adoptado mediante un procedimiento de adopción plena.

B. Sinaloa

En Sinaloa también se encuentra regulada la gestación por encargo. Al igual que en Tabasco, dicha regulación es violatoria de diferentes derechos humanos; por ejemplo, restringe esta práctica a ciudadanos mexicanos y a parejas casadas o en concubinato, además, está condicionada a que la mujer solicitante padezca imposibilidad física o contraindicación médica. Igual que en Tabasco, se restringe la edad de la mujer gestante a un rango de entre 25 y 35 años, no obstante, no limita en términos de edad a los solicitantes.

En esta entidad se permite que en la gestación por sustitución, la mujer que facilita su vientre también aporte su material genético, a este tipo de gestación se le denomina subrogación total. De modo adicional, define la subrogación parcial “cuando la gestadora es contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado *in vitro* que le ha sido trasplantado, pero que proviene de la unión de espermatozoide y óvulo de la pareja o persona contratante”.

A diferencia de Tabasco, en Sinaloa se reconoce la posibilidad de que la mujer gestante facilite su vientre de manera altruista, o bien a cambio de un

pago, estableciendo que la gestación subrogada onerosa será considerada “un servicio” por el cual debe pagarse una cantidad cierta y determinada, independientemente de los gastos derivados de la gestación. De igual manera se ordena que la gestante no debe haber estado embarazada en el último año anterior, y deberá acreditar que no ha participado en más de dos ocasiones en un proceso similar.

Por último, y a diferencia de Tabasco, en donde al final es necesario iniciar un proceso de adopción, en el caso de Sinaloa el acuerdo deberá ser notificado a la Secretaría de Salud y al oficial del Registro Civil, “para que el estado de la persona menor nacida mediante esta práctica, sea contemplado en su filiación como hijo, desde el momento de la fecundación de sus progenitores biológicos, es decir, madre y padre o madre subrogados”.⁴³

C. Colima

Otra de las legislaciones que permiten la gestación por sustitución es la del estado de Colima. Cabe decir que en este estado hay una permisón expresa pero no una regulación del tema, pues solamente en el apartado de la adopción se menciona que podrá ser adoptados de forma plena, el producto de un embarazo logrado como consecuencia del empleo de inseminación artificial o fertilización *in vitro* con la participación de una madre sustituta, a condición de que haya convenido con los presuntos padres darlo en adopción.⁴⁴

2. San Luis Potosí y Querétaro

Otras legislaciones civiles que contemplan (aunque en sentido prohibitivo) la gestación por sustitución son los estados de San Luis Potosí y Querétaro. En la primera de las entidades mencionadas, la legislación civil prohíbe la maternidad subrogada,⁴⁵ prescribiendo que todo pacto o convención que verse sobre la procreación o gestación, realizado en nombre de otra persona, es inexistente y por lo mismo no producirá efecto legal alguno.

Por su parte, en el estado de Querétaro, de manera indirecta se encuentra prohibida esta práctica. Efectivamente, Querétaro modificó su Código Civil creando un apartado denominado “adopción de embriones”, y en di-

⁴³ Véase el capítulo V del Código Civil de Sinaloa, denominado “De la reproducción humana asistida y la gestación subrogada”.

⁴⁴ Véase el artículo 410 B del Código Civil de Colima.

⁴⁵ Véase el artículo 241 del Código Familiar del Estado de San Luis Potosí.

cho apartado se establece que las parejas adoptantes de embriones, no podrán procurar la maternidad asistida o subrogada, ni contratar el vientre de una tercera mujer para la gestación del embrión.⁴⁶

VII. CONCLUSIONES

La gestación por sustitución es el resultado del advenimiento de nuevas y variadas tecnologías reproductivas, lo que genera necesariamente, múltiples y variadas implicaciones tanto jurídicas como sociales.

Las diferentes regulaciones relacionadas con la gestación por encargo, como se puede apreciar, son variadas y dispares en diferentes partes del mundo. Lo preocupante, en el caso particular, es que en nuestro país, dado el pacto federal y la distribución de atribuciones legislativas, empezamos a ver legislaciones dispares e incluso contradictorias, lo que invariablemente genera inseguridad jurídica.

Si bien México es un gran receptor de tecnología, el avance tecnológico no siempre viene acompañado de la reflexión ética, bioética y biojurídica, lo que es inaceptable para una sociedad como la nuestra. Es evidente de los casos aquí planteados, que muchas de estas regulaciones están ignorando derechos fundamentales de los individuos, lo que también resulta alarmante.

Otro aspecto que parece no entenderse en términos de gestación por sustitución es que ésta es una derivación de la utilización de las diferentes técnicas de reproducción humana asistida. Es decir, el problema de fondo tiene que ver con otros aspectos derivados de la reproducción asistida, por ejemplo el estatuto jurídico que habremos de asignarle al embrión pre-implantatorio, la posibilidad o no de criopreservar embriones y gametos, las cuestiones relacionadas con la posibilidad de investigar y/o experimentar con los mismos, así como las cuestiones derivadas de la utilización de células madre embrionarias.

Tales son los temas de fondo, y mientras no sean debidamente solucionados, cualquier regulación en términos de la gestación por encargo será parcial y, como lo hemos demostrado, contradictoria.

⁴⁶ Véase el artículo 400 del Código Civil de Querétaro.