

Gestación sustituta y subrogada en México, derecho humano no reconocido constitucionalmente*

Centella Briseño Montes
Hans Jurado Parres¹

Resumen

En el presente artículo se pretende hacer una breve referencia respecto de la legislación internacional y nacional, en materia de subrogación o sustitución de maternidad, en concreto en los países de España, Canadá, Argentina e India, y en los estados de Tabasco, Sinaloa, Coahuila y Querétaro, con la finalidad de explicar la maternidad sustituta y subrogada como derecho humano y la necesidad de que sea reconocido como tal a nivel constitucional en México.

Palabras clave

Derecho humano, edad gestante, fertilización asistida, maternidad sustituta, maternidad subrogada y padres legales.

Abstrac

This article pretends to make a short reference to the international and national panorama regarding the legislation on subrogation or substitution of maternity, specifically in Spain, Canada, Argentine and Indian, and Tabasco, Sinaloa, Coahuila and Queretaro states, with the purpose of expounding the substitute and surrogate maternity as a human right and the need to be recognized as such at the level Constitutional.

Keywords

Human right, gestation age, assisted fertilization, substitute maternity, surrogate maternity, legal parents.

*Fecha de recepción: 4 de enero de 2018

Fecha de aprobación: 15 de enero de 2018

¹ Doctor en Derecho. Académico del Centro Universitario de Tonalá. asesor25@hotmail.com

Introducción

Los derechos humanos son las prerrogativas inherentes a los seres humanos cuyo origen emana de la dignidad humana, sus características son: universalidad, progresividad, interdependencia, irrenunciabilidad, imprescriptibilidad e indivisibilidad.

Internacionalmente, existen instrumentos legales en los que se reconocen los derechos humanos. Cada país que se adhiere o ratifica un convenio, tratado, convención, etcétera, es decir, cualquier instrumento de protección de derechos humanos, se obliga a velar por la guarda, respeto, garantía y, en su caso, restitución de derechos contemplados en el documento en cuestión, en el caso de que hayan sido violados, adoptando disposiciones de derecho interno para el cumplimiento de tal fin.

El derecho humano a fundar una familia se encuentra reconocido en el artículo 16, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”.

Asimismo, en el numeral en mención se establece una definición de familia: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

En este sentido, inicialmente debe clarificarse el significado e implicaciones del derecho a fundar una familia, para lo cual se toma como referencia lo establecido por el Comité de Derechos Humanos: “El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos”.

De lo anterior, puede inferirse que, al no establecerse la manera de procreación, esta no se reduce únicamente a la reproducción tradicional.

Así es como surge la necesidad de tutela y reconocimiento del derecho de maternidad sustituta o subrogada, ya que a consecuencia de diversas condiciones médicas de personas que anhelan la formación de una familia, estas se ven limitadas por su estado de salud y acuden a diversos métodos para tener hijos, quedando en el limbo legal con motivo de la ausencia de normatividad al respecto.

Ahora bien, dentro de las técnicas de reproducción asistida se engloban procedimientos que implican la intervención médica en al menos alguna de las fases de la procreación. Junto a la definición de las técnicas se nombrarán las siglas con las que se conocen, ya que habitualmente se citan así en las publicaciones científicas y de divulgación. Algunas se han descrito recientemente, figurando su primera referencia bibliográfica en los resúmenes del VI Congreso Mundial de Fecundación In Vitro (FW) y Reproducción Asistida (RA) celebrado en Jerusalén en 1989.

Pueden clasificarse estas técnicas como sigue:

Inseminación artificial (IA)

Según “Committee Of Genetic Engineering” (CAHGE) consiste en la introducción de espermatozoides en la vagina o útero de una mujer por cualquier medio

distinto de la relación sexual natural. La IA puede ser homologa cuando la mujer es fecundada con semen del marido y heteróloga en el caso de que el semen proceda de una tercera persona.

Fecundación *in vitro* (FIV)

Esta técnica puede ser homologa o heteróloga, según que los gametos provengan de los cónyuges o parejas convivientes, o hayan sido donados por terceras personas. En esta modalidad, en cualquiera de sus clases, la fecundación del óvulo se obtiene en el laboratorio, ante la imposibilidad de que el semen se fertilice naturalmente en el tercio externo de las trompas de falopio.

Finalmente, está la transferencia intratubárica de gametos que consiste en colocar en cada una de las trompas dos óvulos y espermatozoides para que fecunden a aquéllos en las propias trompas.

Madres portadoras

Esta técnica conocida como “madres portadoras” consiste en que una mujer lleva en su cuerpo implantado un embrión hasta el nacimiento, para el beneficio de otra mujer o pareja. Puede llevarse a efecto por diferentes combinaciones. La mujer que contrata a otra portadora puede ser la madre genética si pone el óvulo, pero puede no contribuir con elemento genético alguno para la gestación de la madre suplente.

Esta técnica tiene lugar cuando la mujer que desea tener un hijo concierda con otra que lo gaste, bien con su propio óvulo o con el de la gestante, o con el de una tercera mujer, para una vez dado a luz, renunciar a la filiación materna y entregárselo a la contratada.

En el primer supuesto, hay una madre genética que es la que desea el hijo, y una madre gestante que se presta a engendrarlo para, posterior al alumbramiento, entregarlo a la primera. En el segundo caso, existe una madre genética que paralelamente es gestante y una mujer que quiere ser madre legal. En el tercer supuesto, existe la madre gestante, la madre genética que aporta el óvulo y la mujer que pretende ser madre legal.

Ahora bien, cabe señalar cuáles son los términos empleados con más frecuencia para identificar esta técnica, que son: maternidad subrogada, maternidad de alquiler, madres suplentes, madres portadoras y madres gestantes.

Antecedentes de la maternidad subrogada en otros países

En 1975, en Estados Unidos de América, una pareja estéril, publicó en un periódico el pago por el servicio de prestación de un vientre para que fuese inseminada artificialmente. Posterior a ello, a partir de 1982, aparecieron diversos anuncios de mujeres ofreciendo servicios como madres subrogadas, así como personas en la búsqueda de este servicio, ansiosos de convertirse en padres.

El caso más conocido de ese país ha sido el llamado “Baby M”, que data del 3 de febrero de 1988, en el cual el Tribunal Supremo de New Jersey dictó sentencia en

el caso de Baby M. n° A-391988NJ. En la resolución se planteó la validez del contrato de maternidad subrogada. El contexto del mismo puede sintetizarse como sigue: una mujer (M. B. Whytehead) convino en ser inseminada artificialmente con el semen del marido de otra (W. Stern), acordando concebir esa criatura, gestarla, procrearla y entregarla al padre biológico y a su esposa, a cambio del pago por concepto de honorarios de diez mil dólares. En el contrato se estableció que la madre natural o biológica se separaría permanentemente de su hijo, que sería adoptado por la esposa del aportador del semen y los componentes de este matrimonio serían para todos los efectos, los padres de la criatura.

Posterior al nacimiento de la bebé, la señora Whytehead se negó a entregarla a su padre, llevándola consigo a su casa.

El Tribunal Superior de New Jersey, mediante el expediente n° 25314-86E, dictó sentencia el 31 de marzo de 1987, el juez H. Sorkow fue el encargado de emitir la resolución. En dicha sentencia se estableció que la madre subrogada incumplió con el contrato por no haber entregado la criatura y por no renunciar a sus derechos de progenitora con relación a la niña. Por lo cual, atendiendo al bienestar de la niña, la sentencia obligaba a la madre sustituta se la entregara al señor Stern, a quien se le atribuyó su custodia.

La madre sustituta impugnó aquella resolución. Por lo que el Tribunal Supremo del Estado, en sentencia dictada el 3 de febrero de 1988, la revocó y declaró la nulidad del contrato por infringir la legislación y la política pública estatal, declarando en consecuencia su inexigibilidad. La custodia de la niña se le concedió al padre biológico, también legal, otorgándose a la madre portadora o sustituta derechos de visita.

A raíz del caso “Baby M”, en 1987 se elaboraron proyectos de ley en casi la totalidad de los estados de Estados Unidos de América, por la necesidad de regular las situaciones producidas por el fenómeno de la maternidad sustituta.

La maternidad subrogada se ha establecido en otros lugares, como en Gran Bretaña, en donde el primer caso fue el de Mary Stewar, quien dio a luz y entregó después la criatura al padre biológico, tal como se había acordado.

El surgimiento del fenómeno de las madres sustitutas en Francia data del año 1982, con la fundación del doctor Sacha Geller, director del Centro de Investigación de Técnicas de Reproducción, primera asociación destinada a poner en contacto matrimonios y parejas estériles con futuras madres portadoras. La asociación determinaría la creación de otras dos: Sainte Ara y Alma Mater, además de Les Cigognes, la que desaparecería pronto.

Otro caso que ha sido patente en todo el mundo, es el de las gemelas Cristine y Magali, de La Grande Motte, localidad de Hevearl. Cristine fue inseminada artificialmente con esperma de su cuñado, Denis Sevault, marido de su hermana gemela. La madre portadora dio a luz un varón en 1983, manifestando haber aceptado la situación por el profundo amor hacia su hermana.

Para 1985, en una clínica de Montpellier, Francia, Patricia Lavisse, una mujer de 22 años, fue inseminada artificialmente con semen del marido de la pareja que la contrató, parió una niña. El caso es trascendente por tratarse del primer supuesto divulgado de operación cremástica en Francia. La señora Lavisse recibió cincuenta mil francos por el servicio, además de otros regalos, entregando la niña al matrimonio contratante sin resistencia alguna.

Normativa legal en otros países

El número de Estados cuya normatividad se encarga de regular la gestación por sustitución ha ido en aumento. Muchos de ellos han promulgado esta legislación dentro de los últimos diez años; por ejemplo, Australia (ACT, 2004), Queensland (2010), New South Wales (2010), Western Australia (2008), Victoria (2008), Canadá (Alberta, 2010), Columbia Británica (2011, aún no en vigor), Grecia (2002 y 2005), Rusia (2011), Sudáfrica (la ley entró en vigor en 2010). (Lamm E.: 2012).

España

En España, la ley núm. 14/2006, del 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, es la que norma lo relativo a la gestación sustituta.

Sobre las técnicas de reproducción asistida se tienen las siguientes generalidades:

- Puede someterse a un tratamiento de reproducción asistida, toda mujer mayor de edad que haya presentado su consentimiento de forma libre y voluntaria, siempre y cuando el embarazo no implique un riesgo para su salud.
- En el caso de que la mujer sea casada, necesita el consentimiento de su marido para buscar el embarazo a través de un tratamiento de fertilidad.
- Hay permisibilidad de la donación tanto de óvulos y espermatozoides, como de preembriones sobrantes de tratamientos reproductivos.
- Únicamente se permite la transferencia máxima de embriones en un ciclo de tres.
- La mujer puede solicitar la suspensión del tratamiento en el momento que quiera antes de la transferencia del embrión.
- Debe respetarse la confidencialidad de los pacientes, así como de los donantes.
- La donación de gametos y preembriones debe ser anónima y altruista. En el caso de óvulos y espermatozoides, los donantes podrán recibir una compensación económica por la donación.
- La elección de los donantes correrá a cargo de la clínica y en ningún caso se podrá seleccionar a petición de la receptora.
- Es posible la realización del diagnóstico genético preimplantacional, exclusivamente para evitar el nacimiento de personas con enfermedades genéticas que carezcan de algún tratamiento curativo posnatal.
- Cuando haya preembriones sobrantes de ciclos de fecundación in vitro, estos pueden ser criopreservados para: uso posterior, donación con fines reproductivos, donación para investigación o destrucción. En el último supuesto, puede optarse por esta última opción cuando la mujer haya culminado su vida reproductiva.
- La selección de sexo o manipulación genética, es permisible, únicamente con fines terapéuticos y no reproductivos.

En el artículo 10 de dicha ley se establece lo conducente a la gestación por sustitución:

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.
2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

Es decir, de lo anterior se desprende que no puede existir contrato de gestación por sustitución, en el cual se establezca renuncia expresa de la filiación materna de la madre subrogada.

La madre legal será la que dé a luz al bebé, independientemente de la forma de concepción del niño. En ese sentido, conforme al punto 3 del artículo en mención, la vía para acceder al reconocimiento paterno del bebé sería la reclamación de la paternidad biológica, siguiendo las reglas generales establecidas en la legislación civil.



Canadá

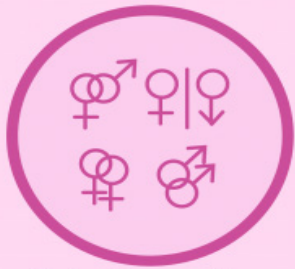
La gestación subrogada en Canadá está permitida siempre y cuando se realice de manera altruista, es decir, la madre subrogada no puede recibir compensación económica por tener al bebé.

Los únicos gastos que pueden cubrir los padres legales, corresponden a los que se generen a causa del embarazo como lo son: gastos médicos, vitaminas, ropa de maternidad, movilidad a consultas prenatales, medicinas, entre otros.

Para el reembolso de los gastos por parte de los padres de intención, es necesario que la gestante los justifique debidamente. El pago máximo permitido por ley es de aproximadamente 22 mil dólares canadienses.

La filiación de los padres es dictada mediante sentencia judicial previa al nacimiento del bebé. En la legislación canadiense, se permite la realización de la gestación subrogada a ciudadanos canadienses como a extranjeros, admitiendo su aplicación a todos los modelos de familia sin distinción de preferencias sexuales, es decir, a parejas heterosexuales y homosexuales, así como a hombres y mujeres que deciden ser padres y madres solteros.

Fuente: *BabyGest. La revista líder en gestación subrogada.* "Gestación subrogada en Canadá: legislación y precio. Condiciones principales de la maternidad subrogada en Canadá". Consultado el 12 de julio de 2017, en: <https://www.babygest.es/canada/>



Todos los modelos de familias



Filiación por sentencia judicial

En este país se prohíbe la intermediación entre padres legales y madres subrogadas, es decir, no puede mediar persona alguna entre la futura madre gestante y los padres legales. Asimismo, se establece como edad mínima para las madres gestantes 21 años.

Argentina

En este país no existe prohibición expresa de la maternidad por sustitución, sin embargo, la madre legal de un bebé será la mujer que dé a luz, conforme al artículo 242 del Código Civil argentino:

Artículo 242. La maternidad quedará establecida, aun sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá realizarse a petición de quien presente un certificado del médico u obstétrica que haya atendido el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del hijo. Esta inscripción deberá serle notificada a la madre salvo su reconocimiento expreso o que quien hubiese denunciado el nacimiento fuere el marido.

En lo relativo a la paternidad, como indica el artículo 243, en el caso de que la gestante sea casada, su marido actuará como padre legal del recién nacido y así será registrado, sin posibilidad de registrar al bebé como hijo de los padres de intención:

Artículo 243. Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación o la separación personal o de hecho de los esposos. No se presume la paternidad del marido con respecto al hijo que naciere después de los trescientos días de la interposición de la demanda de divorcio vincular, separación personal o nulidad del matrimonio, salvo prueba en contrario.

No obstante, hay una vía legal para que los padres de intención sean considerados padres legales del nacido. Para ello es necesario realizar la llamada “adopción del hijo del cónyuge”.

El padre de intención debe aportar su material genético para la creación del embrión, mismo que será implantado en la madre subrogada, o en su caso, la gestante debe ser inseminada con semen del futuro padre. Posterior al nacimiento, el padre de intención debe reconocer al bebé como su hijo. Lo anterior, con la restricción de que la gestante sea soltera, ya que, si la gestante está casada, se reconoce como padre del nacido directamente al marido.

En caso de que la madre gestante subrogada no esté casada, el padre de intención

podrá reconocer al bebé con una prueba genética. Una vez hecho el reconocimiento por parte del padre de intención y la transferencia de responsabilidad de paternidad exclusiva, la madre subrogante deberá adoptar al bebé usando la “adopción del hijo del cónyuge”.

En este país la legislación penal es muy clara al establecer dentro del catálogo de tipos penales lo siguiente:

Artículo 139. Se impondrá prisión de 2 a 6 años:

1. A la mujer que fingiere preñez o parto para dar a su supuesto hijo derechos que no le correspondan.
2. Al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterare o suprimiere la identidad de un menor de 10 años, y el que lo retuviere u ocultare.

Lo anterior, con la finalidad de evitar que los padres de intención incurran en la situación de registrar legalmente al hijo nacido de madre gestante subrogada. En mayo de 2015, se presentó un anteproyecto de ley en la provincia de Mendoza a fin de regular la gestación por sustitución en el país.

Dicho proyecto propone regular esta técnica reproductiva para asegurar los derechos de todas las partes y garantizar el acceso igualitario a la gestación subrogada, sin discriminación alguna por condiciones de sexo, raza o estado civil de las personas.

Para el acceso a la gestación por sustitución, será imprescindible que se otorgue el consentimiento informado, tanto por la gestante como por los futuros padres legales, quienes firmarán su consentimiento informado y solicitarán su homologación en los tribunales antes que se inicie cualquier tratamiento. En cuyo caso, para que el juez logre homologar dicho consentimiento deben cumplirse ciertos requisitos: en primer término, la aptitud física y psicológica tanto de los padres de intención como de la gestante sustituta y la acreditación de la incapacidad de gestar de los padres intención.

Asimismo, se establece que los responsables médicos del proceso no podrán realizar la transferencia embrionaria a la gestante sin la autorización judicial, es decir, la sentencia de homologación. Además, una vez que se haya realizado la transferencia del embrión, ninguna de las partes podrá retractarse en su consentimiento para la realización del proceso de gestación subrogada.

Nacido el niño, la filiación será determinada por sentencia judicial, siendo necesaria la realización de los trámites de solicitud correspondientes ante el juez que concedió la sentencia de homologación del consentimiento, previa al inicio del proceso médico. De igual forma, debe confirmarse que la gestante no tiene ningún vínculo genético con el bebé para que los padres de intención puedan obtener la filiación legal.



India

Actualmente, en la India para que una mujer pueda participar en el proceso de gestación subrogada como madre gestante, requiere el consentimiento expreso de su esposo, en caso de tenerlo, poniendo de manifiesto que su autonomía depende en última instancia del varón. Asimismo, se establece como edad máxima de la madre gestante 35 años y que tenga al menos un hijo. Una vez firmado el contrato de maternidad subrogada con la clínica y la pareja de intención, la madre gestante subrogada pierde el derecho de interrumpir de forma voluntaria el embarazo, salvo en situaciones concretas.

Además, no podrá existir relación alguna entre los futuros padres y la madre gestante, así como tampoco podrá tener relación genética con el futuro bebé. Es decir, la gestante no puede actuar como donante de los óvulos ni someterse a una inseminación artificial para conseguir el embarazo.

Normalmente se intenta que las gestantes vivan cerca de la clínica y suspendan sus actividades laborales, para que se centren en el cuidado de sus familiares y del embarazo. La madre subrogada recibe una compensación económica muy alta, en virtud de la situación de pobreza que vive el país, por lo que la mayoría de mujeres que deciden gestar el hijo de otra persona mantienen a toda su familia con el dinero recibido.

Normativa legal en México

En México, los estados cuya regulación prevé el supuesto de la maternidad subrogada son Tabasco, Sinaloa, Coahuila y Querétaro.

En ese sentido cabe señalar, que existen tres supuestos de pronunciación legislativa en torno a la gestación por sustitución que son:

- Se encuentra prevista en la ley y es permitida.
- Se encuentra prevista en la ley en sentido prohibitivo.
- No se encuentra prevista en la ley.

En los casos de Tabasco y Sinaloa, la legislación permite esta práctica, en Coahuila se encuentra normado con lagunas legales significativas, en Querétaro se prohíbe y en los demás estados aún no se encuentra prevista en la ley.

Fuente: *BabyGest*. La revista líder en gestación subrogada. "Condiciones de la propuesta de ley para regular la gestación subrogada en Argentina". Consultado el 12 de julio de 2017, en: <https://www.babygest.es/gestacion-subrogada-en-argentina/#anteproyecto-de-ley-de-maternidad-subrogada>

Tabasco

El artículo 92 del Código Civil para el Estado de Tabasco contempla la gestación por sustitución y la maternidad subrogada como sigue:

Artículo 92. Deber de reconocer al hijo

(...) en el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena.

Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso.

Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustituta, cuando el hijo nazca de una 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 éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare.

De lo anterior, se desprende que, no obstante que la gestación por sustitución y la maternidad subrogada están permitidas, en el caso de que la madre gestante o madre sustituta sea casada, el bebé quedará registrado como hijo del esposo, a menos que éste realice el desconocimiento del bebé o se haya dictado una resolución judicial al respecto.

Asimismo, se establece la gestación por contrato en el artículo 380 bis 2:

Artículo 380 bis 2. Formas de Gestación por Contrato

La gestación por contrato, admite las siguientes modalidades:

Subrogada: implica que la gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos y que, después del parto, entregue el recién nacido a la madre contratante mediante adopción plena;

y

Sustituta: implica que la gestante sea contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión obtenido por la fecundación de gametos de la pareja o persona contratante.

En lo relativo a las condiciones de la gestante, se prevén en el numeral 380 bis 3, las siguientes:

En primer término, es la Secretaría de Salud la encargada de determinar el perfil clínico, psicológico y social de la madre gestante.

La edad gestante establecida es de 25 a 35 años.

Debe otorgarse consentimiento voluntario e informado, previo al proceso de gestación.

Para la firma del contrato de gestación, la madre gestante debe acreditar ciertas situaciones mediante dictamen médico expedido por institución oficial de salud.

Únicamente se le puede otorgar la custodia del producto de la inseminación a la madre sustituta o a su cónyuge, en caso de muerte o incapacidad de los padres contratantes.

El contrato de gestación deberá realizarse ante notario público. Los notarios que den fe de la celebración de este tipo de contratos, deben notificarlo a la Secretaría de Salud y al Registro Civil, dentro de las 24 horas siguientes a la celebración del mismo.

Las instituciones y clínicas de reproducción humana asistida deben cumplir ciertos requisitos para la prestación de servicios.

Por otro lado, serán causas de nulidad del contrato de gestación, las señaladas en el artículo 380 bis 4.

En este estado, la celebración del contrato de gestación únicamente la pueden realizar los ciudadanos mexicanos en pleno ejercicio de sus derechos. El asentamiento del recién nacido se realiza mediante la figura de adopción plena aprobada por juez competente.

Sinaloa

El legislativo del estado de Sinaloa incorporó en el Código Familiar lo relativo a las técnicas de reproducción asistida, incluida la maternidad subrogada.

Se establece como principio que la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo resultado de la reproducción asistida.

Asimismo, en lo relativo a la filiación, la filiación consanguínea como vínculo de parentesco que surge de la relación genética entre dos personas, por el sólo hecho de la procreación, se incluye la reproducción asistida consentida, con material genético de ambos padres.

Se define en el artículo 283 como maternidad subrogada la que “se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando la mujer, padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento”.

Se establece como edad gestacional, entre 25 y 35 años de edad que tienen, debiendo la mujer, tener al menos un hijo consanguíneo sano, una buena salud psicosomática y que han dado su consentimiento voluntario para prestar su vientre.

Como modalidades de la maternidad de sustitución se admiten en el artículo 284:

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

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

Subrogación onerosa, es la que se da cuando una mujer acepta embarazarse en lugar de otra, tal y como si se tratase de un servicio, por el cual se paga una cantidad cierta y determinada, además de los gastos de la gestación; y,

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

En lo relativo a los requisitos a cumplir por la gestante para ser elegida, son similares a los que establece la normatividad en Tabasco. Una cuestión importante es que si derivado del embarazo, la madre gestante adquiere alguna enfermedad, tiene el derecho para demandar a los padres contratantes para el pago de los gastos médicos que se generen.

Coahuila

En este estado la Ley para la Familia de Coahuila Zaragoza, establece un apartado denominado “De la filiación resultante de la reproducción humana asistida”, en él se establece:

“Artículo 366. Se entiende por asistencia médica para la fecundación las prácticas clínicas y biológicas que permiten la concepción in vitro, la transferencia de embriones y la inseminación artificial, así como toda técnica de efecto equivalente que permita la fecundación fuera del proceso natural”.

Es decir, no se contempla la maternidad sustituta o subrogada literalmente, pero el legislador da la apertura para que las disposiciones de este capítulo sean aplicadas en estos casos al plasmar en la ley “toda técnica de efecto equivalente”, pues la maternidad sustituta o subrogada se encuentra dentro de los supuestos de concepción embrionaria fuera del proceso natural.

Querétaro

Tal como se hizo mención, el estado de Querétaro en su normatividad civil prohíbe la práctica de la maternidad subrogada:

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

Maternidad subrogada como derecho humano y su reconocimiento en rango constitucional

En primer término, debe partirse de la definición de derechos humanos, los que “constituyen mínimos de existencia, y al saberse que serán respetados y promovidos, la persona se moviliza con libertad para lograr vivir con dignidad”. (Carpizo, Jorge: 2011).

En ese contexto, históricamente, los derechos humanos se han ido reconociendo en infinidad de instrumentos internacionales.

Ahora bien, el reconocimiento internacional del derecho humano a la familia encuentra protección en diversos instrumentos internacionales que son: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (arts. 16 y 25), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 6), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 17), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 17), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y

Culturales (art. 1), la Convención sobre la Eliminación de todas la Formas de Discriminación contra la Mujer (art.5), la Carta Social Europea (art. 16) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo San Salvador” lo más importante es el contenido del artículo 15, relativo al Derecho a la Constitución y Protección de la Familia.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé el reconocimiento del derecho humano a la familia en el artículo 4°:

El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

No obstante, del contenido del artículo 1° constitucional, se desprende que los derechos humanos reconocidos por los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte, se reconocen de igual forma para todas las personas en territorio mexicano, y en ese sentido, “todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad”, de conformidad a lo establecido en el párrafo tercero del citado numeral. Por lo cual, la protección de este derecho a la familia, no es limitativo al contenido de lo establecido en el artículo 4° de la Carta Magna, ya que el Estado mexicano ha ratificado todos los instrumentos señalados en las líneas precedentes.

Es importante destacar las implicaciones de este derecho. El Comité de Derechos Humanos destaca: “El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos”.

En ese caso, si el derecho a fundar una familia tiene como base la posibilidad de procrear, ¿qué pasa si no se puede dar la procreación natural cuando el Estado no reconoce el derecho de acceso a técnicas de reproducción asistida?

Si bien es cierto, la Carta Magna no es restrictiva en lo relativo a la maternidad sustituta o subrogada, también lo es, que no tutela integralmente el derecho a una familia en situaciones no convencionales, como lo son las parejas homosexuales, heterosexuales infértiles o simplemente personas que desean formar una familia sin necesidad de pareja alguna.

Con lo anterior no se atenta únicamente en contra del derecho a la familia, también se atenta contra el derecho a la vida privada, según ha interpretado la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

143. El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad [226]. La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal

y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior [227]. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona [228]. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás [229], y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Además, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres [230]. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico [231]. (CorteIDH. Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica. 2012).

En ese sentido, al carecer de normatividad constitucional en México, que regule la maternidad sustituta o subrogada, se vulnera el derecho a la vida privada ya que como ha sentado la Corte, la decisión de ser madre o padre biológico o genético, es parte de este derecho a la vida privada.

De igual forma, se vulneran los derechos de libertad reproductiva y de acceso a la tecnología médica. Según la CorteIDH, el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones:

150. Finalmente, el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho al goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente [251] y, en el ámbito interamericano, se encuentra contemplado en el artículo XIII de la Declaración Americana [252] y en el artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador. Cabe mencionar que la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Declaración sobre este derecho, señaló la relación entre éste y la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de todos los sectores de la población [253]. Por tanto, y conforme al artículo 29 b) de la Convención Americana, el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de *iure* o *de facto* para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona. (CorteIDH. Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica. 2012).

En México, las legislaturas de los estados deben expedir sus leyes conforme a lo establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es por ello que, si en la propia Carta Magna no se contempla la maternidad sustituta o maternidad subrogada como derecho humano, los estados no se encuentran obligados a emitir normatividad al respecto. Es decir, al no reconocerse esta situación como derecho humano y no normarse en sentido positivo, con base en el derecho humano a la fundación de una familia, el Estado mexicano se constituye como violador de derechos humanos.

Conclusiones

Una vez analizada la situación legal respecto a la maternidad sustituta y subrogada en los países de España, Canadá, Argentina, India, así como la legislación en México, concretamente de las entidades federativas de Tabasco, Sinaloa, Coahuila y Querétaro, puede concluirse que mundialmente, en virtud de la necesidad de regular lo relativo a la maternidad sustituta y subrogada, se han producido legislaciones normando los aspectos relacionados con su práctica, ya sea en sentido permisivo, restrictivo o prohibitivo.

Debe concebirse esta técnica de reproducción asistida como un derecho humano y ser reconocido en la constitución federal, para que posteriormente, las legislaturas de los estados emitan la legislación correspondiente, con base en sus necesidades poblacionales.

No puede negarse que en ocasiones es necesario acudir a esta vía, ya sea por problemas de infertilidad de las parejas, porque simplemente no se tiene una pareja o en el caso de la homosexualidad, porque biológicamente se está imposibilitado para la procreación natural.

Asimismo, cabe señalar que los avances tecnológicos en la medicina rebasan día a día la normatividad, hoy día se propone por el reconocimiento de la maternidad subrogada o sustituta como derecho humano, pero el día de mañana una vez normada esta cuestión, surgirá una nueva, como el reciente surgimiento del “útero artificial” que hasta hoy se ha probado sólo en ovejas. (Flores J.: 2017).

Finalmente, es importante destacar que la base para que esta técnica de reproducción asistida sea reconocida como derecho humano en la constitución mexicana, es que propio texto constitucional obliga al Estado a ser ente protector y garante de derechos humanos, es por ello que no se puede seguir sin normar este tema, en virtud de que como ya se hizo mención, con ello se vulneran los derechos a la familia, vida privada, salud, derechos reproductivos y de acceso a progreso científico y sus aplicaciones.

Bibliografía

Amnistía Internacional. *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Características de los derechos humanos*. Consultado el 7 de julio de 2017, en: <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/es/historia/dh-caracteristicas.html>

BabyGest. *La revista líder en gestación subrogada*. “Condiciones de la propuesta de ley para regular la gestación subrogada en Argentina”. Consultado el 12 de julio de 2017, en: <https://www.babygest.es/gestacion-subrogada-en-argentina/#anteproyecto-de-ley-de-maternidad-subrogada>

BabyGest. *La revista líder en gestación subrogada*. “Gestación subrogada en Canadá: legislación y precio”. Consultado el 10 de julio de 2017, en: <https://www.babygest.es/canada/>

BabyGest. *La revista líder en gestación subrogada*. “Gestación subrogada en Canadá: legislación y precio. Condiciones principales de la maternidad subrogada en Canadá”. Consultado el 12 de julio de 2017, en: <https://www.babygest.es/canada/>

BabyGest. *La revista líder en gestación subrogada*. “La reproducción asistida en España. Artículo 10 de la ley de reproducción humana asistida”. Consultado el 12 de julio de 2017, en: <https://www.babygest.es/ley-de-reproduccion-asistida-en-espana/>

BabyGest. *La revista líder en gestación subrogada*. “Maternidad subrogada en Argentina: Código Civil y proyecto de ley”. Consultado el 10 de julio de 2017, en: <https://www.babygest.es/gestacion-subrogada-en-argentina/>

BabyGest. *La revista líder en gestación subrogada*. “Maternidad subrogada en la India”. Consultado el 10 de

julio de 2017, en: <https://www.babygest.es/india/>

Beorlegui Loperena Ana. *La maternidad subrogada en España*. Trabajo fin de máster de acceso a la abogacía. Febrero 2014, en: <http://academica-e.unavarra.es/bitstream/handle/2454/9666/Ana%20Beorlegui%20.pdf?sequence=1>

BJDH. Sistema Interamericano. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*. 28 de noviembre de 2012, en: http://www.bjdh.org.mx/interamericano/busqueda#mapa_listado

Carpizo Jorge. “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características”. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Núm. 25. 2011, en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n25/n25a1.pdf>

CGAJ. Coordinación General de Asuntos Jurídicos. Tabasco cambia contigo. *Leyes Estatales. Código Civil para el Estado de Tabasco*. 13 de enero de 2016, en: <http://cgaj.tabasco.gob.mx/leyes/estatales/leyes/busqueda/CODIGO%20CIVIL>

Código Civil de la República de Argentina. Consultado el 11 de julio de 2017, en: https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf

Comité de Derechos Humanos. *Observación General No. 19*, Comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos, Artículo 23, La familia, 39º periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 171 (1990), párr. 5, en: https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html#GEN19

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Consultado el 12 de julio de 2017, en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_240217.pdf

España. *Ley núm. 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*. Consultado el 12 de julio de 2017, en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2292/21.pdf>

Flores, Javier. “El útero y el futuro de la reproducción”. *La Jornada*, Opinión. 11 de julio de 2017, en: <http://www.jornada.unam.mx/2017/07/11/opinion/a03a1cie>

Guzmán Ávalos, Aníbal. “La subrogación de la maternidad”. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, núm. 20, 2007, pp. 114-125. Puebla, México, en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222932007>

H. Congreso del Estado de Sinaloa. Índice de leyes estatales. *Código Familiar del Estado de Sinaloa*. Consultado el 12 de julio de 2017, en <http://www.congresosinaloa.gob.mx/leyes-estatales/?leyes=estatal>

UNAM. Universidad Autónoma de México. “La Protección de los Derechos Humanos de la Familia en los Instrumentos Internacionales”. Consultado el 12 de julio de 2017: <http://revistas.unam.mx/index.php/derecho/article/download/13075/La%20Protecci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20Humanos%20de%20la%20Familia%20en%20los%20Instrumentos%20Internacionales>

Lamm, Eleonora. “Gestación por sustitución. Realidad y derecho. *Revista para el análisis del derecho*”. Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas. Barcelona. Consultado en julio de 2012, en: http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf

Leonseguí Guillot, Rosa Adela. “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo. *Boletín de la facultad de Derecho*, Núm. 7, 1994. Madrid, España. Consultado el 7 de julio de 2017, en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:BFD-1994-7-F4D6AC07/PDF>

Ley para la Familia de Coahuila Zaragoza. Consultado el 12 de julio de 2017, en: <http://congresocoahuila.gob.mx/portal/wp-content/uploads/2014/11/coa233.pdf>

LVIII Legislatura Querétaro Poder Legislativo del Estado de Querétaro. Dirección de Investigación y Estadística Legislativa. Biblioteca “Manuel Septién y Septién”. *Código Civil del Estado de Querétaro*. Consultado el 12 de julio de 2017, en: <http://legislaturaqueretaro.gob.mx/app/uploads/2016/01/COD001-1.pdf>

ONU. Organización de las Naciones Unidas. “La Declaración Universal de los Derechos Humanos”. Consultado el 7 de julio de 2017, en: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

SAIJ. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Presidencia de la Nación. *Código Penal*. Consultado el 11 de julio de 2017, en: <http://www.saij.gob.ar/11179-nacional-codigo-penal-lns0002677-1984-12-21/123456789-0abc-defg-g77-62000scanyel?&o=3&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B%2C1%5->