

INSTITUTO TECNOLÓGICO Y DE ESTUDIOS
SUPERIORES DE MONTERREY

EGAP GOBIERNO Y POLÍTICA PÚBLICA
CIUDAD DE MÉXICO

La Subrogación Uterina, Breve Estudio Comparado



EGAP.
Gobierno y Política Pública
TECNOLÓGICO DE MONTERREY



**TECNOLÓGICO
DE MONTERREY**

Biblioteca
Campus Ciudad de México

Ana Luisa Cruz Ramos



Proyecto de Investigación Aplicada

Maestría en Derecho

Asesor: Abraham Alum Kahwagi

Mayo de 2014

ÍNDICE

RESUMEN.....	3
INTRODUCCIÓN.....	4
MARCO METODOLÓGICO.....	7
MARCO TEÓRICO.....	7
CAPÍTULO 1: RESEÑA HISTÓRICA SOBRE LA SUBROGACIÓN UTERINA.....	13
1.1 ANTECEDENTES BÍBLICOS.....	13
1.2 MESOPOTAMIA.....	14
1.3 EGIPTO.....	15
1.4 GRECIA Y ROMA.....	15
1.5 SIGLO XX.....	15
CAPÍTULO 2: SUBROGACIÓN UTERINA EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA...19	
CAPÍTULO 3: SUBROGACIÓN UTERINA EN PAÍSES DE AMÉRICA LATINA.....	34
3.1 ARGENTINA.....	34
3.2 COLOMBIA.....	38
3.3 PERÚ.....	42
CAPÍTULO 4: SUBROGACIÓN UTERINA EN MÉXICO.....	46
4.1 PROYECTO DE LEY DE MATERNIDAD SUBROGADA EN MÉXICO.....	51
4.2 PROBLEMÁTICA JURÍDICA.....	59
4.2.1 VALIDEZ DEL CONTRATO.....	59
4.2.2 FIGURA DE DERECHO PÚBLICO O PRIVADO.....	60
4.2.3 INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.....	60
4.2.4 VENTA DE NIÑOS.....	61
4.2.5 REGISTRO DE LOS MENORES Y SU ESTADO CIVIL.....	61
4.2.6 FILIACIÓN.....	61
4.2.7 RECONOCIMIENTO.....	62
4.2.8 ADOPCIÓN.....	62
4.2.9 PARENTESCO.....	63
CAPÍTULO 5: CONCLUSIONES. PROPUESTA.....	64
MESOGRAFÍA.....	69

RESUMEN

Ser madre es para muchas mujeres el gran sueño de sus vidas, pero por problemas de fertilidad, algunas parejas optan por la subrogación uterina, misma que es una práctica que genera alta controversia en la sociedad. La infertilidad es una enfermedad que afecta a las parejas, tanto a hombres como a mujeres.

A pesar de que hay métodos de reproducción asistida muy eficaces brindados por la ciencia como la inseminación artificial o la fecundación in vitro, un buen porcentaje de los padres no logran tener un hijo biológico, ahí es cuando surge la oportunidad de la subrogación. Pero es importante observar que, involucrar a un tercero en la procreación de un hijo, podría resultar altamente riesgoso y controversial.

La maternidad subrogada es un proceso que lleva implícito acuerdos jurídicos y emocionales, situación que lo torna en un proceso complicado y con muchos retos. Con motivo de este tema, ha habido un debate largo y tedioso entre la legalidad y la ética, porque no todo lo que la ciencia pone a disposición de los seres humanos es permitido desde las reglas morales y religiosas.

En este proceso no sólo está comprometido el vientre de una mujer, sino todo su cuerpo y su vida entera, ya que en algunas ocasiones, llegan a morir por complicaciones del parto. Se puede decir que se está contratando no sólo la capacidad gestacional, sino todo el cuerpo, que constituye un todo.

Estados Unidos, ha fungido como punta de lanza en lo que respecta a temas en donde se conjugan la ciencia médica y el derecho, como lo es el tema de la subrogación, siendo tomado como modelo a seguir, aunque no siempre es posible adoptar parámetros de países desarrollados en naciones de América Latina, debido a las costumbres e ideología propia de cada país.

En varios países de habla hispana, se está visualizando una clara intención de crear cuerpos normativos que regulen a esta figura, tal como sucede en México, cuya Capital ya cuenta con una propuesta de ley aprobada por la asamblea legislativa, cuya cristalización, lamentablemente, se ha interrumpido por motivos propios del proceso legislativo.

INTRODUCCIÓN

OBJETIVO GENERAL:

Análisis de los albores, regulación y resultados de la figura de la Subrogación Uterina en algunos países en los que actualmente se encuentra presente como un fenómeno jurídico y social, con el ánimo de tomar los elementos, aspectos y demás observaciones pertinentes que podrían considerarse como instrumentos útiles para su regulación en México Distrito Federal.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

1. Abordar los antecedentes e importancia de la figura de la Subrogación Uterina.
2. Establecer los aspectos relevantes sobre la discusión en materia jurídica y social, así como elementos médicos y éticos en materia de Subrogación Uterina en Estados Unidos de Norteamérica.
- 3.- Indicar los aspectos relevantes sobre la discusión en materia jurídica y social, así como elementos médicos y éticos en materia de Subrogación Uterina en algunos países de América Latina.
4. Señalar de manera breve y cronológica el proceso legislativo en el que se ha encontrado inmersa la propuesta en el Distrito Federal.
5. Determinar los elementos a considerar para la regulación de la Gestación Subrogada en el Distrito Federal, tomando como instrumento base lo establecido en la legislación y práctica de Estados Unidos de Norteamérica y algunos países de Latinoamérica.

A través de la historia de la humanidad, el acelerado desarrollo de la ciencia y la tecnología han provocado significativos y claros impactos en todos los aspectos de la vida del ser humano y de todo lo que lo rodea. Cada vez, con mayor frecuencia, surgen nuevos descubrimientos e inventos que permiten que la vida en sociedad sea, en muchas ocasiones,

radicalmente distinta a como lo era en épocas pasadas, se podría decir incluso, que, en muchos aspectos, la ha mejorado y perfeccionado.

Refiriéndose en particular a los avances en la ciencia médica, estos han contribuido de manera significativa y notoria, a brindar una verdadera calidad de salud y de vida para el ser humano, logrando ser testigos de verdaderos milagros, mismo que, en la antigüedad, parecían imposibles de realizar, tales como, por mencionar sólo algunos pocos, las vacunas, tratamientos para enfermedades crónico degenerativas, instrumentos, medicamentos y tratamientos para enfermedades que se pensaban antes, eran una maldición y no había más que apelar a la resignación divina. Uno de estos males era, entre muchos otros, la infertilidad.

Cuando las parejas han optado por la subrogación como una alternativa de vida ante la infertilidad, algunas de ellas han pagado hasta \$100,000.00 dólares (cien mil dólares), lo que equivale a más de un millón de pesos en México. De la capacidad de desprendimiento del bebé gestado por parte de la mujer gestante, depende en gran parte el éxito del proceso, mismo que atiende muchas veces a motivos económicos.¹

En Estados Unidos, si se llega a incumplir el contrato de subrogación, la mujer contratada deberá reembolsar a los padres contratantes todo el dinero que han gastado en el proceso hasta el día del incumplimiento, e incluso, si quisiera quedarse con el bebé jamás podrá hacerlo, en virtud que la ley es clara al señalar que el bebé pertenecerá a los padres contratantes y nunca a la madre subrogada.

Un panorama distinto es el que se presenta en países de América Latina como México, en donde, si la mujer gestante desea quedarse con el bebé, esta decisión es apoyada por la ley y las autoridades involucradas en el proceso. Lo anterior atendiendo a la presunción legal de maternidad válida en nuestro país, en donde la madre es la que da a luz, el alumbramiento es la prueba fehaciente de la maternidad, por lo tanto, en el certificado de nacimiento siempre se asentará como madre a la mujer que parió, sea ésta la madre biológica o no.

¹ National Geographic, Mi decisión, Alquiler de Vientres. (s.f.) recuperado el 7 de octubre de 2013, de <https://www.youtube.com/watch?v=5TLXxbB5CGs>

Con el ánimo de facilitar un poco las cosas, hay hospitales que cometen fraude a la ley y coloquen a ambas mujeres (solicitante y gestante) en dos cubículos juntos, en cuanto nace el bebé, lo colocan enseguida en el cubículo donde está la mujer solicitante y levantan un certificado de nacimiento haciendo creer que ésta es la que dio a luz, cuando en realidad no fue así.

El tema de la subrogación uterina, de la mano con el problema de la infertilidad, han sido considerados como temas tabú, en virtud que algunos grupos sociales manifiesta menosprecio o lástima a quienes no pueden tener hijos de manera natural o convencional. Ha sido considerado incluso como “la enfermedad de los ricos”, aspecto que establece limitantes para que todos puedan tener libre acceso a las técnicas de reproducción asistida, aunado a que marca una clara diferencia entre sectores de la población. Los esfuerzos legislativos en diversos países pugnan por erradicar esta visión y garantizar a las parejas sus derechos reproductivos, puesto que todos tenemos derecho a la vida, todos tenemos derecho a ser padres, sólo bastará esperar a que estos esfuerzos rindan sus frutos y los problemas actuales, sean sólo un mal recuerdo.

En México, se ha considerado al problema de la infertilidad como una enfermedad que debe tratarse y contar con las herramientas médicas y legales para atenderla, pero, a pesar de que algunos cuerpos normativos ya cuentan con disposiciones relativas a este tema, aún no se cuenta con una ley pertinente que regule de manera clara y oportuna la problemática, que en algunas ocasiones, han dado pie a que se presenten casos que se concretan fuera de toda legalidad, arrojando irregularidades, abusos y un total descontrol.

Es por eso que se estudiarán los avances y esfuerzos normativos existentes en Estados Unidos, considerado como pionero en este tema, y algunos países de Latinoamérica, frente a los que México, guarda similitudes en muchos aspectos, esperando encontrar algunos puntos de convergencia que puedan servir como modelo para ser implementados o adoptados por México, ante la evidente suspensión en el nacimiento de la ley que regulará esta problemática.

MARCO METODOLÓGICO

La metodología utilizada fue histórica, comparativa y bibliográfica, con el objetivo de obtener información que permitió deducir conclusiones y recomendaciones aceptables, para poder brindar una propuesta.

1. Investigación Histórica. Se señalaron los antecedentes más remotos de la figura de la subrogación uterina, en el mundo y en los países que se tratan en el documento.
2. Investigación Comparativa. Se abordaron los alcances de la figura de la subrogación uterina en varios países incluyendo México, intentando que puedan llegar a ser útiles para México en su esfuerzo por contar con la legislación oportuna que regule a dicha figura.
3. Investigación Bibliográfica. Esta se realizó a través de la recopilación de información literaria relacionada con el tema: libros, documentales, revistas y publicaciones de prensa, así como cualquier documento que proporcionó la información necesaria.

MARCO TEÓRICO

La búsqueda de soluciones médicas al problema de la infertilidad de hombres y mujeres representa uno de los campos en donde se han presentado grandes avances, siendo uno de ellos los tratamientos de reproducción asistida. Es precisamente, ante este escenario que emergió la figura de la subrogación uterina.

A lo largo de este documento que tratará la subrogación uterina, se abordará lo pronunciado por reconocidos y connotados doctrinarios en materia médica y en materia legal. Por el lado médico se tomará en cuenta, entre otros, al Doctor Fernando Akerman, reconocido médico cirujano especialista en infertilidad, técnicas de reproducción asistida y en procedimientos de subrogación uterina, quien desempeña sus funciones en diversos hospitales de la ciudad de Miami, Florida, en los Estados Unidos de Norteamérica.²

² Fernando Akerman MD experto en infertilidad. (s.f.). recuperado el 1 de octubre de 2013, de <http://www.fernandoakermanmd.com/es/index.php>

El Doctor Akerman, brinda a sus pacientes y al público en general, una guía especializada y detallada sobre el proceso de subrogación uterina, desde su comienzo hasta su plena culminación con el nacimiento y entrega del bebé gestado. Dicho documento es una guía interdisciplinaria, que de hecho incluye información sobre expertos y reconocidos abogados y psicólogos para el óptimo y transparente desarrollo del proceso para todos los involucrados en él.³

También se tomarán en consideración la información brindada por instituciones especializadas en el proceso de subrogación las cuales operan en Estados Unidos, ya sea simplemente brindando asesoría al respecto o formando parte esencial del proceso y viéndose involucrado en él, fungiendo como agencias especializadas en el tema, tal como lo es el Center for Surrogate Parenting, Inc., (Centro de la Paternidad Subrogada).

Por el lado legal, dentro de las aportaciones más destacadas y que serán parte fundamental para la elaboración de este documento, serán los realizados por la Doctora Ingrid Brena Sesma y sus valiosos estudios en materia de salud; derecho; bioética; familia entre otros, así como sus contribuciones en libros y en revistas. La Doctora Brena Sesma es Investigadora titular "C" de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Institución que le reconoce con el PRIDE Nivel C. El Sistema Nacional de Investigadores le reconoce como Investigador Nacional Nivel 2.⁴

Como parte importante para la realización del presente documento, se estudiarán también las investigaciones realizadas por la Investigadora del Congreso de la Unión, Alma Arámbula Reyes, cuyos estudios son por demás significativos para lo que al tema de la subrogación respecta.

³ Fertility and IVF Center of Miami. Maternidad Subrogada: Una guía para pacientes. Recuperado el 1 de octubre de 2013, de <http://www.drfernandoakerman.com/es/drakerman-madressustitutas/files/madre%20sustituta.pdf>

⁴ Dra. Ingrid Lilian Brena Sesma. Recuperado el 1 de octubre de 2013, de <http://www.juridicas.unam.mx/invest/directorio/investigador.htm?p=ingrid>

Una aportación más que será estratégica para la realización de este documento, será la proporcionada por los legisladores impulsores del Proyecto de Ley de Maternidad Subrogada en México, encabezados por la Diputada Maricela Contreras Julián, quienes de forma muy puntual y precisa, señalan los conceptos principales que se abordarán a lo largo de estas páginas, y que servirán para tener una mayor comprensión del tema.⁵

Previo a abordar el tema a profundidad y detalle, y con el ánimo de contar con mayor precisión en el conocimiento del mismo, es pertinente esclarecer una serie de conceptos, tanto médicos como legales, dando inicio a la parte médica.

La palabra “*Subrogar*”, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, proviene del vocablo latín “*subrogare*” que significa “*sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa*”.⁶

Existen básicamente dos supuestos en los que regularmente se presenta la figura de la Subrogación Uterina, el primero es aquel en donde una mujer puede generar óvulos, pero se encuentra imposibilitada para gestar, de manera que busca ayuda en otra mujer con el ánimo de que “le preste su útero”, es así como la segunda mujer se convierte en madre portadora, en virtud de que el ser humano que va a ser gestado, surge de los gametos del hombre y de la mujer que contratan a la “madre portadora”, quien no comparte material genético alguno con el bebé gestado. A este proceso se le conoce también como “*Gestación Subrogada*” o “*Subrogación Gestacional*”.

El segundo supuesto es aquel en el cual la mujer no puede generar óvulos ni puede gestar, y busca entonces a una mujer para que cumpla ambas funciones, luego entonces se le considera madre sustituta, puesto que está sustituyendo por completo las funciones de una madre que consiguió su embarazo de manera convencional, ya que ha de aportar óvulos y útero, su propio óvulo es fecundado, por consiguiente, sí comparte material genético con el

⁵ Archivo de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Dictamen de las Comisiones Unidas de Salud y Asistencia Social y de Equidad y Género de la iniciativa de decreto que expide la ley de Maternidad subrogada del distrito federal. Recuperado el 30 de octubre de 2013, de <http://www.aldf.gob.mx/archivo-ffd9ce4828184d7d3ab9690807dfb1ad.pdf>

⁶ Diccionario de la lengua española, Real Academia Española. Recuperado el 7 de octubre de 2013, de <http://lema.rae.es/drae/?val=subrogar>

bebé en gestación, al igual que lo comparte el cónyuge de la madre sustituida o contratante. Esto es mejor conocido como “*Maternidad Subrogada*” o “*Subrogación Tradicional*”.

Puede llegar a contemplarse un tercer supuesto, en cuyo escenario se presenta el caso de una pareja en donde, tanto el hombre como la mujer, son infértiles, es decir, se encuentran imposibilitados para procrear, gestar y concebir, de manera que se puede recurrir a un donante de espermia y a una mujer que done sus óvulos y una más que preste su útero, y que permita ser fecundada artificialmente, aunque estos dos últimas fases pueden recaer en una misma mujer.

Resulta pertinente abordar también los métodos que fungen un papel primordial para llevar a cabo la concepción en el proceso de la maternidad subrogada. Conforme a la doctrina del derecho genético, las Técnicas de Reproducción Asistida se clasifican en dos grupos:

a) Atendiendo al lugar donde ocurre la fecundación, se subdividen en: intercorpórea, cuando la fecundación se produce dentro del cuerpo de la mujer a través de la introducción de espermia en el interior de su órgano genital; y extracorpórea, cuando la fecundación se produce fuera del cuerpo de la mujer; b) Atendiendo a la procedencia de los gametos utilizados para la fecundación, se subdividen en: homóloga, cuando la fecundación se realiza con los óvulos y espermatozoides de quienes serán los padres del niño; y heteróloga, cuando la fecundación se realiza con los gametos femeninos y masculinos provenientes de un tercero, ajeno a la pareja.

La Inseminación Artificial, es la introducción de espermatozoides dentro del útero por medios diferentes a la cópula. Es una técnica de baja complejidad, consiste en la colocación artificial del semen en el interior del útero de la mujer. Para lograr esto se debe de realizar una estimulación ovárica con sustancias inductoras, puesto que es un punto clave para conseguir los resultados esperados. Lleva consigo el desarrollo de varios óvulos, lo que se traduce en un 15-20% de embarazos gemelares. Se lleva a cabo también el proceso de selección de los mejores espermatozoides móviles, se remueven restos celulares y

espermatozoides muertos o con baja movilidad ya que es uno de los factores que puede afectar negativamente el logro exitoso del embarazo.⁷

Otro de los métodos es la Fertilización In Vitro y transferencia embrionaria (FIV/TE), es un método de Reproducción Asistida, cuya finalidad es que los espermatozoides fecunden óvulos fuera del cuerpo de la mujer, cuando están imposibilitados para hacerlo en su sitio natural, que es la trompa de Falopio. Ya realizada la fertilización, los embriones son transferidos al útero. Desde sus inicios en 1979, la fertilización In Vitro ha ayudado a millones de parejas a realizar un embarazo.

Ocupándose ahora de los conceptos legales, se tomarán en cuenta los aportados gracias a los esfuerzos de integrantes de las Comisiones Unidas de Salud y Asistencia Social, y de Equidad y Género, las diputadas Maricela Contreras Julián; Axel Vázquez Burguette, y los diputados Julio César Moreno Rivera y Cristian Vargas Sánchez, dentro del proyecto de Ley antes mencionado. Se cita entonces que 1) *Maternidad Subrogada*: es la práctica médica consistente en la transferencia de embriones humanos en una mujer, producto de la unión de un óvulo y un espermatozoide fecundados por una pareja unida mediante matrimonio o que vive en concubinato y que aportan su carga o material genético y que concluye con la terminación del embarazo; 2) *Madre Subrogada*: es la mujer con capacidad de goce y ejercicio que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y que aporta su material genético para la fecundación, y que se compromete mediante el Instrumento para la Maternidad Subrogada desde el momento de la implantación con las reglas que dispone la legislación vigente respecto a la maternidad, velando por el interés superior del menor y ejercer los derechos y obligaciones que emanan de la maternidad biológica; 3) *Padre*: aquel hombre con capacidad de goce y ejercicio que aporta su material genético para la fecundación y que se compromete mediante el Instrumento para la Maternidad Subrogada desde el momento de la implantación, a las reglas que dispone la legislación vigente respecto a la paternidad, velando por el interés superior del menor y ejercer los derechos y obligaciones que emanan

⁷ Centro de Fertilidad Humana en México. Recuperado el 10 de octubre de 2013, de <http://www.centrodefertilidad.com/index.php/informacion-a-pacientes/tratamientos>

de la paternidad biológica; 4) *Médico tratante*: médico especialista en infertilidad humana, que puede auxiliarse de más especialistas en diversas ramas de la medicina para la atención de la maternidad subrogada; 5) *Mujer gestante*: es la mujer con capacidad de goce y ejercicio que, sin fines de lucro, se compromete a llevar a cabo la gestación del producto de la fecundación de una pareja unida mediante matrimonio o concubinato que aportan su carga o material genético y cuya obligación subrogada concluye con la terminación del embarazo, a quienes le corresponderán los derechos derivados del estado de gravidez hasta el nacimiento; 6) *Instrumento para la Maternidad Subrogada*: aquel instrumento mediante el cual se manifiesta el consentimiento ante un Juez de lo Familiar por parte de una mujer con capacidad de goce y ejercicio a gestar el producto fecundado e implantado en su útero y gestarlo hasta la terminación de embarazo, en beneficio de dos personas, quienes manifiestan también su consentimiento, unidas mediante matrimonio o que viven en concubinato y que aportan su carga o material genético a través de un óvulo y un espermatozoide fecundados e implantado en el útero de la mujer que se faculta como mujer gestante; 7) *Transferencia de embrión*: es la transferencia de huevo fecundado en cualquiera de sus estadios con fines de reproducción mediante la práctica médica denominada Fecundación In Vitro con Transferencia de Embriones, cuyas siglas son FIVTE; 8) *Filiación*: es la relación que existe entre el padre o la madre y su descendencia, y se encuentra sujeta a lo dispuesto por lo que establece el artículo 338 del Código Civil vigente, lo dispuesto en esta Ley y la legislación del orden común vigente; 9) *Interés superior del menor*: es la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona, en los términos que establece el Derecho Internacional Público.⁸

Dicho lo anterior, es momento entonces de adentrarse en los antecedentes históricos de la figura de la maternidad subrogada, figura que, de acuerdo con el Dr. Fernando Akerman, es tan antiguo como la Biblia.

⁸ Archivo de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, op. cit., nota 5, pp. 27-28

CAPÍTULO 1: RESEÑA HISTÓRICA SOBRE LA SUBROGACIÓN UTERINA

En nuestros días, pueden observarse razones variadas que argumentan el interés y práctica de la maternidad subrogada, entre ellas se pueden invocar, principalmente; el aumento del porcentaje de infertilidad en la población; el aumento en número de médicos especialistas en el tema; las dificultades para concretar la adopción, la difusión y sensibilización con respecto al proceso, entre otros.

Pero lo que es una realidad, es que más allá de todas estas razones anteriormente citadas, el ser humano, ha buscado, desde tiempos inmemoriales, la consumación de una de las leyes naturales más elementales, esta es la perpetuación de la especie. Adentrándose en la historia, es posible conocer que, incluso los textos de Las Sagradas Escrituras, en periodos históricos, previos a la llegada de Nuestro Señor Jesucristo, hombres y mujeres buscaban incansablemente tener descendencia, de modo que, si esto no era posible a través de las formas convencionales, hacían uso de alternativas, como lo eran las madres sustitutas, quienes renunciaban a todo derecho de maternidad, a pesar de ser ellas las verdaderas madres biológicas del bebé en cuestión. En las siguientes líneas, es en donde se atenderán de manera más amplia los detalles, eventos y antecedentes históricos de este tema.

1.1 ANTECEDENTES BÍBLICOS

En uno de los libros del Antiguo Testamento, específicamente en el Libro del Génesis Capítulo 16, se narra la historia de Abraham y Sara. Sara era la esposa de Abraham, y, al saberse infértil, ofreció a su marido la opción de unirse a su esclava Agar para que le gestara un hijo. Es así que, 1910 a. C., Agar dio a luz un hijo que recibió el nombre de Ismael, y Sara le aceptó como si fuera su hijo propio. Éste fue el primer niño nacido por medio de una “gestación subrogada tradicional”. Ismael se convierte en la piedra angular de la descendencia de todos los árabes conocidos como ismaelitas o agarenos, por el nombre de la “madre subrogada”.⁹

⁹ La Biblia Latinoamericana, Génesis cap. 18 vers. 11, edición revisada 2005, Ecuador, Ed. Verbo Divino, 2005, p.11

Otra de las historias bíblicas sobre la maternidad subrogada es la de Zilpá, ella era la sierva de Lía, la primera esposa de Jacob, quien le dio dos hijos, Gad y Aser. Tiempo después, Bilhá, quien fuera sierva de la Raquel, la segunda esposa de Jacob, dio dos hijos a éste último, Dan y Neftalí. (Jacob fue padre de José, uno de los personajes bíblicos más memorables).

1.2 MESOPOTAMIA

Cabe destacar que, en este periodo histórico, la subrogación de la maternidad fue una práctica considerada como legal. El Código del rey Hammurabi (1792-1750), creado en 1780 a. C., disponía que la mujer estéril que quería tener hijos debía dar una esclava a su marido con fines de procreación, sin que éste pudiera buscarse a otra concubina, a menos que la primera no lograra concebir un hijo varón.

Aunado a lo anterior, el mismo cuerpo de leyes contemplaba “garantías sociales” para las madres alquiladas que tuvieran hijos, quienes no eran consideradas como personas en venta por dinero, es decir, su actividad no era considerada como comercial o susceptible de generar un lucro.¹⁰

Ley 144. Si uno tomó una esposa de primera categoría y si esta esposa dio una esclava a su marido y ésta ha tenido hijos, si el marido quiere tomar una nueva esposa más, no se le permitirá y el hombre no podrá tener otra mujer más.

Ley 145. Si uno tomó una esposa de primera categoría y si esta esposa no le dio hijos, y se le propone tomar otra mujer, tomará esta otra mujer y la llevará a su casa, pero no será igual que la esposa estéril.

Ley 146. Si uno tomó una esposa de primera categoría y ella dio una esclava a su marido, y si la esclava tuvo hijos, si luego esta esclava es elevada (en el aprecio del esposo) a igual categoría que la patrona por haber tenido hijos, su patrona no la venderá, la marcará y la tendrá entre sus esclavas.

Ley 147. Si la esclava no ha tenido hijos, la patrona la venderá por plata.

¹⁰ Maternidad Subrogada en Rusia y en el Mundo. Recuperado el 10 de octubre de 2013, de <http://www.surrogacy.ru/index-esp.php>

1.3 EGIPTO

La gestación subrogada fue una práctica habitual para muchos faraones egipcios se servían de sus criadas para tener hijos. Tal fue el caso de Amemhotep I, el faraón del Reino Nuevo que gobernó en el siglo XVI a. C., no tenía un heredero y tuvo que recurrir a una esposa secundaria para procrear al futuro gran faraón Tutmosis I. Es oportuno comentar que, aunque los nacidos de concubinas se consideraban hijos del faraón, se veían menoscabados en sus derechos y sólo podían pretender al trono a falta de herederos más legítimos.

1.4 GRECIA Y ROMA

En las Antiguas Grecia y Roma la maternidad subrogada fue concebida como una práctica regular y aceptada.

Ejemplo de lo anterior es el caso de Deyotaro, rey de Galacia, una región que estaba situada en la parte central de Asia menor, y su esposa estéril Estratónica que personalmente seleccionó entre las prisioneras a Electra para su marido y crió a los niños fruto de esta relación como a sus propios hijos.

1.5 SIGLO XX

En los albores de la década de los años veinte, empezó a utilizarse ampliamente la inseminación artificial con el semen del cónyuge varón o un donante seleccionado especialmente. La primera fecundación in vitro de ovocitos humanos fue realizada en 1944 en Harvard por los ginecólogos J. Rock y M. Minkin, quienes cultivaron un óvulo humano y lo fecundaron en un tubo de laboratorio, lo que se tradujo en el desarrollo de un embrión bicelular.

El biólogo Robert Edwards y el ginecólogo Patrick Steptoe son los dos científicos británicos considerados como los fundadores de la fecundación in vitro, tal cual la conocemos hoy en nuestros días. En 1967, Edwards consiguió el primer éxito en la fecundación in vitro de un óvulo humano.

El primer embarazo bajo esta técnica se produjo en 1976, después de nueve años de investigaciones y experimentos constantes, pese a que, para su desfortunio, el embarazo se produjo extrauterinamente. Fue el 10 de noviembre de 1977, cuando los médicos transfirieron al útero un embrión de ocho células que resultó viable. Es así como, el 25 de julio de 1978, en la ciudad inglesa de Oldham, Lancashire, nació Louise Brown, la primera niña concebida “in vitro” de manera exitosa. ¹¹

Poco después, en el año de 1980, en Melbourne, Australia; en el laboratorio de Carl Wood y Alex Lopata se produjo de manera exitosa la concepción y el nacimiento de un varón a través del procedimiento antes citado. Un año más tarde, en 1981 se realizó el primer programa exitoso de fecundación in vitro en Estados Unidos. Otro dato que permite visualizar los orígenes de la figura de la subrogación uterina es el suscitado en Francia, en el año de 1982, en donde el doctor Sacha Geller fundó el CEFER (Centro de Investigaciones de Técnicas de Reproducción), asociación destinada a vincular a parejas estériles con madres subrogadas. ¹²

Resulta bastante común pensar que la mujer indicada para llevar a cabo el procedimiento de la subrogación uterina, sea familiar cercano a la mujer impedida para gestar, es decir, que sea su hermana, prima, tía o madre, tal como ocurrió en Sudáfrica en 1987, cuando Patricia Anthony, de 48 años, gestó y dio a luz sus propios nietos para apoyar a su hija Karen Ferreira-Jorge, de 25 años. ¹³

En este caso, la mujer imposibilitada para gestar, Karen, se encontraba casada y ya tenía un hijo, pero en 1984 sufrió la extirpación de su útero como consecuencia de complicaciones durante su último parto. Posterior a este lamentable suceso, pensaron en la posibilidad de someterse al procedimiento de la subrogación gestacional (en la que los padres solicitantes son también los padres biológicos), de manera que, inicialmente contrataron los servicios de una madre de alquiler, situación que tuvieron que dejar de lado orillados por el temor de que se quedara con el menor una vez nacido.

¹¹ *Idem.*

¹² *Idem.*

¹³ *Idem.*

Fue entonces cuando Patricia, madre de Karen, se sometió al procedimiento de fecundación in vitro para realizar la subrogación a favor de su hija.

Cabe destacar que, este caso resultó tan relevante y novedoso para ese entonces que, los medios de comunicación le brindaron amplia cobertura, filmando incluso el parto a través de un canal británico que pagó una fuerte suma de dinero con la intención de tener la exclusividad en el reportaje del caso. Nacieron entonces tres bebés, quienes, de acuerdo con la Ley “Child Status Bill” vigente entonces en la República de Sudáfrica, eran considerados como hijos de la mujer que los dio a luz, es decir, hijos de su abuela, luego entonces, Karen y su esposo tuvieron que ajustarse al procedimiento legal vigente para poder adoptar a sus propios hijos.

Casos como el anteriormente expuesto, han ocurrido a través de la historia, como ejemplo de esto se puede citar el caso de una mujer británica de 51 años, a quien le fueron implantados dos embriones formados con óvulos de su hija quien no podía gestar debido a una malformación congénita. Situaciones semejantes han ocurrido en otros países, como Ucrania, en donde una mujer, en un acto de apoyo y solidaridad para con su hija, siguió el procedimiento de fecundación in vitro y de subrogación, convirtiéndose en madre y abuela simultáneamente, también en Estados Unidos, en Carolina del Norte, una mujer se apoyó de su propia hermana para conseguir ser madre. Un dato más sobre casos similares es el acontecido en Francia, en 1983, en donde una mujer gestó un bebé para su hermana gemela quien se encontraba afectada por el mal de la esterilidad.

En Gran Bretaña, en el año de 1987, un caso sobre subrogación uterina llegó incluso a verse inmerso en los tribunales, este fue el caso de Kim Cotton, quien, a través de las gestiones e intermediación de una agencia especializada en subrogación uterina, consintió ser contratada para efectuar el procedimiento de la subrogación tradicional, es así que se vio sometida bajo la técnica de inseminación artificial, utilizando, desde luego, el material genético del cónyuge varón de la mujer contratante. Los problemas surgieron cuando la mujer contratada se rehusó a entregar al bebé, una niña en este caso, de manera que, una vez ventilado el mismo ante los tribunales, se decidió que la menor permaneciera bajo la custodia del hospital en tanto y cuanto el Tribunal emitiera una resolución. Posteriormente,

la Corte Superior Civil de Londres emitió un fallo en el que se ordenaba que la niña fuera ser entregada a la pareja contratante mediante el correspondiente trámite de adopción.¹⁴

Un caso más llevado hasta los tribunales acaeció en Australia, en el Estado de Nueva Gales del Sur, en el cual, la madre gestante se negó a entregar al niño a la pareja solicitante. A raíz de este caso, se ha aprobado una ley que prohíbe a los donantes de esperma u óvulos reclamar el estado de paternidad o maternidad respectivamente.

Por lo que respecta a uno de los casos más comentados y publicados a través de la historia, se contempla al denominado “Baby M”, mismo que tuvo lugar en Nueva Jersey en el año de 1985, cuando la madre de alquiler “tradicional” Mary Beth Whitehead optó por quedarse con el bebé que venía gestando para la pareja de William y Elizabeth Stern. Es precisamente, en el siguiente capítulo, en donde se abordarán las particularidades de este importante suceso.¹⁵

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ Johnson Lewis, Jone. Baby M, Surrogate Motherhood Case. Recuperado el 10 de octubre de 2013, de http://womenshistory.about.com/od/motherhood/a/baby_m.htm

CAPÍTULO 2: SUBROGACIÓN UTERINA EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Estados Unidos ha sido considerado como el país que constituye punta de lanza por lo que a la subrogación uterina respecta, puesto que, desde el primer lustro de la década de los años setenta, se han llevado a cabo diversas investigaciones y prácticas tanto en el ámbito médico como en el jurídico para ver consumado de manera exitosa el procedimiento de la subrogación uterina, sin que estos esfuerzos se hayan visto empañados por obstáculos y complicaciones legales, tal como lo fue uno de los casos más relevantes para este tema, el caso “Baby M”, mismo que se detallará párrafos más adelante.

Previo a dar inicio a los eventos relacionados con el caso “Baby M”, es pertinente comentar algunos antecedentes históricos que se suscitaron en un tiempo anterior a este caso. En el año de 1975, en el Estado de California, Estados Unidos, se suscitaron los inicios de las prácticas de la Maternidad Subrogada en éste país, cuando un periódico publicó un anuncio en el cual se solicitaba una mujer para ser inseminada artificialmente, a pedido de una pareja estéril, que por este servicio ofrecía una remuneración. Posteriormente, se constituyeron diversas organizaciones profesionales tendientes a contactar a madres portadoras con parejas interesadas, situación que derivó conflictos en el ámbito legal y social.

La apertura y difusión de las nuevas tecnologías reproductivas han propiciado una mayor aceptación y práctica de la maternidad subrogada para aquellas mujeres que padecen de alguna patología uterina. El término “maternidad subrogada” fue implementado por Noel Keane, un abogado de Michigan, quien, en 1976 abrió la primera agencia de alquiler de vientres y llevó a cabo el primer acuerdo de maternidad subrogada. Esta agencia es la llamada “Surrogate Family Service Inc.”. Al principio sólo ofrecía programas de maternidad subrogada tradicional a parejas con dificultades para concebir, utilizando un óvulo de la madre de alquiler fecundado con el semen del padre contratante. Aunado a lo anterior, se ofrecía también el servicio de gestión de los trámites jurídicos necesarios para llevar a cabo la subrogación.¹⁶

¹⁶ Maternidad Subrogada en Rusia y en el Mundo op. cit., nota 10.

Inicialmente, ésta agencia tenía la firme convicción de divulgar una imagen solidaria de la maternidad por subrogación, en donde mujeres ofrecían sus úteros de manera altruista y sin mayor interés lucrativo para coadyuvar a la cristalización de la felicidad de otras mujeres incapaces de gestar, y que éstas últimas, logran tener hijos. Pero esta visión se ha ido desvaneciendo y se ha tornado en una práctica que involucra finalidades de lucro e intereses comerciales, tal como lo es una transacción económica. Es por eso que este proceso reproductivo es conocido comúnmente como “alquiler de vientres” o “arrendamiento uterino” o cualquier otro tipo de calificativo que implique una operación comercial.

El primer programa de maternidad subrogada tradicional en Estados Unidos y en el mundo fue realizado en 1980 en Louisville con asistencia de la compañía Surrogate Parenting Associates, Inc., gracias a las acciones del Dr. Richard M. Levin. El proceso de pruebas médicas y coordinación de la documentación legal, previo al comienzo del programa, tardó nueve meses, pero el embarazo fue conseguido en el primer intento y terminó con el nacimiento de un niño. Desde entonces Surrogate Parenting Associates, Inc. ha contribuido al nacimiento de más de 500 niños, mientras que el propio Dr. Levin ha llegado a ser una persona que aparece con frecuencia ante los medios de comunicación, situación que también vive el abogado Keane.¹⁷

En abril de 1986, en Ann Arbor, Michigan, nació el primer bebé fruto de un programa de maternidad subrogada gestacional, que consiste en que la madre de alquiler gesta un niño que no guarda vínculo genético alguno con ella. La niña fue concebida in vitro a partir de los gametos de sus padres biológicos. La mujer solicitante, quien había atravesado por una histerectomía, es decir, la extirpación del útero, recurrió a su amiga de 22 años, madre de dos hijos, para que le gestara al suyo. El programa se desarrolló bajo la supervisión del anteriormente mencionado Noel Keane, y una de sus principales condiciones fue el mantenimiento de la confidencialidad absoluta.¹⁸

Retomando un poco lo mencionado en el capítulo anterior, uno de los casos que provocó mayor revuelo y atención por parte de los medios de comunicación fue el denominado “Baby M”, suscitado en el año de 1985, cuando el matrimonio conformado por William y

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ *Idem.*

Elizabeth Stern contrató a una mujer de nombre Mary Beth Whitehead, para llevar a cabo la gestación de un niño para ellos, producto de una inseminación artificial con semen del señor Stern. Nótese que en este caso, el óvulo no pertenecía a la Señora Stern, sino a la mujer contratada para gestar. El contrato plasmaba el compromiso, por parte de la mujer que prestó el vientre, de no crear una relación materno-filial con el bebé, y la obligación de abortar si de las pruebas médicas, surgía que el feto presentaba anomalías. La contraprestación ofrecida era de U\$S 10,000 (diez mil dólares americanos).¹⁹

El 27 de marzo de 1986 se produjo el nacimiento de Melissa, es decir, “Baby M”, pero la madre que prestó el vientre, la Señora Whitehead, se negó a entregarla al matrimonio Stern y, acto seguido, el cónyuge de ésta mujer (Mary Beth Whitehead), de nombre Richard, quien, dicho sea de paso, constituía uno de los elementos personales del contrato, puesto que manifestó su consentimiento en el contrato para que su esposa se sometiera a la subrogación, procedió a reconocer a la niña como hija suya. Después del parto la madre alquilada huyó con la niña a Florida, donde fue localizada por un detective privado contratado por el matrimonio Stern y fue devuelta a su hogar.

La madre gestante argumentaba no poder desprenderse de la menor y, situación que se comprobó con un peritaje psiquiátrico, mismo que determinó que el consentimiento otorgado al momento de suscribirse el contrato, no había sido dado con pleno conocimiento de la situación y de las consecuencias que de ello derivarían. Aunado a las pruebas ofrecidas, se realizó un estudio evaluando la personalidad de Whitehead, el cual determinó la presencia de ciertas alteraciones y problemas psicológicos que le impedirían desprenderse del bebé.

El juez de New Jersey, quien resolvió en primera instancia, entregó la custodia de la niña al matrimonio Stern y determinó que el contrato era válido. Inmediatamente esta sentencia fue apelada por la madre que prestó su vientre y aportó el ovulo, lo que condujo al Tribunal Supremo del Estado a ordenar la revocación del fallo de primera instancia, declarando la nulidad del contrato, aunque, mantuvo la guarda y custodia a favor de los Stern, alegando

¹⁹ Law Cases and Case Briefs for Students. In Re Baby M. Recuperado el 10 de mayo de 2013, de <http://www.casebriefs.com/blog/law/family-law/family-law-keyed-to-weisberg/adoption-and-alternatives-to-adoption/in-re-baby-m/>

razones que demostraban que ellos podían proporcionar un hogar con mejores condiciones socio-económicas para “Baby M”.²⁰

Diez años posteriores a la ejecución de la mencionada resolución, la Corte reconoció a Mary Whitehead como madre biológica y se le concedió el derecho de visita y convivencia.

A través de una serie de experiencias dentro de la práctica de la maternidad subrogada, se han documentado sólo cuatro casos en los que las madres subrogadas han logrado obtener una resolución a su favor, ganando así el juicio y obteniendo la custodia del menor cuya maternidad se disputaba.

Una vez quedada satisfecha la parte de los antecedentes, se tratarán ahora, las particularidades de uno de los elementos legales de mayor significado y relevancia para llevar a cabo el proceso de la subrogación uterina, me refiero a la celebración del contrato de subrogación gestacional o subrogación tradicional en éste país.

Puede afirmarse que Estados Unidos es un país pionero por lo que al tema de la subrogación uterina respecta, en virtud que, es una nación que desde hace ya varios años ha regulado la práctica de esta figura a través decisiones judiciales, mismas que han sentado precedentes y que pueden constituir en una base fundamental o en una herramienta útil para todos aquellos países que carecen de legislación al respecto a este tan controversial tema.

Resulta tan importante la subrogación uterina para la legislación de Estados Unidos de Norteamérica, que incluso forma parte de sus derechos, concibiéndolo como el *Right to Reproduce*, o derecho a la reproducción. Para el derecho en Norteamérica, el *Right To Reproduce* está reconocido dentro de la categoría de derecho fundamental, así como la expresión *Right To Personal Privacy* o libertad a la privacidad de la persona, aunque la Corte Suprema estadounidense no ha tenido la oportunidad de pronunciarse de manera expresa sobre el contenido y los titulares de este derecho. No obstante, la doctrina de este país se muestra a favor de reconocer que se trata de un derecho cuya titularidad

²⁰ *Idem.*

corresponde a las parejas o personas, estériles o no, que les faculta a procrear de manera natural y a acceder a cualquiera de las técnicas de fecundación artificial.²¹

De acuerdo a lo expuesto en una de las investigaciones de la investigadora parlamentaria mexicana, Alma Arámbula Reyes, este derecho ha dado origen a una importante corriente doctrinal que defiende la existencia de una nueva concepción de los vínculos paternales basados en el afecto y en el deseo de tener descendencia, sin que se encuentre vinculado a la unión sexual o a un factor biológico, aspecto que permite explicar la atribución de la paternidad o la maternidad a favor de quienes recurren a la fecundación artificial, esto es de los padres intencionales (intended parents), es decir, a las personas que manifiestan el ferviente deseo de convertirse en padres.²²

Es momento entonces de esclarecer el concepto de “Contrato de Subrogación Uterina” y lo que el mismo significa para algunos de los Estados que conforman Norteamérica. El contrato de subrogación uterina ha sido definido como *“el acuerdo por medio del cual una mujer acepta quedar embarazada mediante un procedimiento de inseminación artificial, para que luego, una vez que se produzca el nacimiento del bebé, lo entregue al donante de la esperma y a su esposa, renunciando para ello a los derechos que la ley le confiere sobre el recién nacido, y en contraprestación, por regla general, al pago de una compensación, generalmente consistente en una suma de dinero”*.²³

Definiciones similares a la anterior han sido adoptadas por algunos Estados de Norteamérica, ejemplo de ello es el Estado de Louisiana, que define al contrato de subrogación uterina como *“un acuerdo por medio del cual una persona no casada con el contribuyente de la esperma, acuerda por una contraprestación de valor ser inseminada; llevar el feto resultante hasta el nacimiento, y luego entregar al contribuyente de la esperma la custodia y todos los derechos y obligaciones del recién nacido”*.²⁴

²¹ Arámbula Reyes, Alma, *Maternidad Subrogada*, Centro de Documentación, Información y Análisis Dirección de Servicios de Investigación y Análisis Subdirección de Política Exterior, México, 2008, p. 91

²² *Idem*.

²³ Rodríguez Yong, Carlos A y Martínez Muñoz, Karol Ximena, “El Contrato de Maternidad Subrogada: La experiencia Estadounidense”, *Revista de Derecho*, Colombia, vol. XXV N°2, 2012, p. 63.

²⁴ *Ibidem*, p. 64.

Similar a lo anterior pronunció el Estado de Michigan, al señalar que *“un contrato de ascendencia subrogada significa un contrato, acuerdo o arreglo en el cual una mujer acuerda concebir un niño mediante inseminación natural o artificial, o en el cual una mujer acuerda sustituir en la gestación, y voluntariamente renunciar a sus derechos parentales o de custodia sobre el niño. Se presume que en un contrato, acuerdo o arreglo en el cual la mujer acuerda concebir un niño por medio de inseminación natural o artificial por una persona diferente a su esposo, o en el cual la mujer acuerda sustituir en la gestación, incluye una provisión, expresa o no, de que la mujer renunciará a sus derechos parentales o de custodia sobre el niño”*.²⁵

Cabe señalar que existen algunos otros Estados que han aportado una definición del Contrato de Subrogación Uterina, como lo ha hecho el Estado de New Hampshire, Virginia, Washington, New York, entre otros.

De las definiciones anteriores, se desprenden las particularidades del contrato, como lo son su clasificación y los derechos y las obligaciones de las partes que celebran el mismo. Si se echa un vistazo a la Teoría General del Contrato válida en México, es posible percatarse que este tipo de contrato puede encuadrarse en el mismo contenido que la citada teoría establece. Una de las clasificaciones más importantes en que se ubica este contrato es aquella que atiende a las contraprestaciones del contrato, en virtud de la cual, puede clasificarse en subrogación altruista y subrogación comercial.

La primera ubica un escenario en donde la madre subrogada o contratada, no recibe ningún tipo de pago o compensación por motivo del procedimiento de subrogación, no contemplando en este caso como pago, los gastos derivados de su condición durante el embarazo, como gastos médicos, alimenticios, entre otros.

El segundo escenario es aquel en donde la madre contratada efectivamente recibe un pago, tanto en dinero como en especie, en calidad de contraprestación por el proceso, considerándose estas, en cantidades de dinero, servicios o compensaciones de cualquier tipo.

²⁵ *Idem.*

Continuando con la Teoría General del contrato, esta señala que de todo contrato, se derivan derechos y obligaciones recíprocas, por lo tanto, esta es una figura con características imperativo-atributivas, es decir, conceden derechos pero también imponen obligaciones.

Dentro del conjunto de obligaciones que serán impuestas a la madre subrogada o contratada se encuentran: a) permitir ser inseminada artificialmente con la esperma del padre biológico; b) llevar el feto en su vientre hasta el nacimiento del bebé, y c) renunciar a los derechos de custodia sobre el recién nacido en favor del padre biológico y su esposa.

Del mismo modo, los padres contratantes deberán observar también determinadas obligaciones, entre estas se encuentran: a) pagar todos los gastos médicos y legales generados como consecuencia del embarazo, b) asumir la responsabilidad de custodia sobre el recién nacido, y c) pagar a la madre subrogada una compensación.

Aproximándonos un poco más respecto a la regulación de la subrogación uterina, es posible aseverar que la misma atiende a aspectos legislativos y judiciales, esto es, que varios de los Estados de la Unión Americana han promulgados leyes específicamente sobre este tema, mientras que algunos otros, se abstienen en hacerlo y dejan la solución de las controversias a las autoridades jurisdiccionales para que de ello surja jurisprudencia.

De lo anterior, cabe destacar que, a pesar de que la jurisprudencia sienta un precedente de suma importancia para la solución de futuras controversias respecto al tema, los mismos criterios jurisprudenciales han invocado que, la mejor manera de contar con una verdadera regulación de la subrogación uterina, es a través del proceso legislativo. Es así como lo manifestó la Suprema Corte del Estado de California, cuando, al resolver una controversia, estableció lo siguiente *“nosotros somos conscientes de que el foro adecuado para resolución de este asunto es el legislativo, en donde datos empíricos, que faltan ampliamente en este caso, pueden ser estudiados y reglas de aplicación general desarrolladas”*.²⁶

El caso de donde se derivó este pronunciamiento de la Corte, se suscitó entre una pareja de cónyuges de, Mark y Crispina Calvert, quienes, al encontrarse imposibilitados para procrear

²⁶ Rodríguez Yong, Carlos A y Martínez Muñoz, Karol Ximena, op. cit., nota 23, p. 66.

un hijo por los medios convencionales y naturales, contrataron a una mujer, Anna Johnson, para que fungiera como una madre gestante, es decir, el material genético que daría origen al bebé pertenecía a la pareja Calvert. Inicialmente, el proceso se desarrollaba sin complicación alguna, fue cuando la mujer de apellido Johnson exigió un pago mayor por sus “servicios”, mismo que de no cumplirse, ella no entregaría el bebé a la pareja contratante, luego entonces, los Calvert interpusieron una demanda con el ánimo de que se determinara la filiación del menor y los derechos y obligaciones que de la misma se desprenden. Cuando el bebé nació, las partes contratantes acordaron que los Calvert se quedarían con el menor, pero que la madre gestante tendría derechos de visita y convivencia, a pesar de que los Calvert eran los verdaderos padres biológicos del menor. La corte de primera instancia resolvió a favor de los Calvert afirmando que ellos son los verdaderos padres del menor y que la mujer contratada, Johnson, carecía de derecho alguno sobre el menor, por lo que le fue suprimido el derecho de visita y convivencia, aseverando también, que el contrato celebrado tenía validez y era vinculante para las partes que lo celebraron. Johnson apeló esta resolución, pero la Suprema Corte confirmó la misma.²⁷

Otro aspecto relevante referente a la regulación de la subrogación uterina, es aquel que señala que, a pesar de que han habidos esfuerzos admirables por parte de varios Estados para lograrla, no se cuentan todavía con criterios uniformes para todos. De esta manera, mientras los Estados de Indiana, Arizona y New York le niegan totalmente validez jurídica al contrato de subrogación uterina, algunos otros como Florida; Utah; Virginia; New Hampshire e Illinois le otorgan total validez.

Un elemento más que funge como clave para la regulación de la subrogación uterina, es el “orden público”, mismo que se constituye como eje central de estudio para determinar la validez del contrato en esta materia. Con base en este elemento, se desprende el pronunciamiento de la Suprema Corte de Ohio, la que establece que *“los contratos de maternidad subrogada no son violatorios del orden público, y por tanto, deben honrarse las obligaciones y derechos que se asumen mediante estos. Si las partes entienden el*

²⁷ University of Miami, School of Law. Westlaw, for educational use only. Johnson v. Calvert, Cal., 1993. Recuperado el 20 de octubre de 2013, de <http://faculty.law.miami.edu/zfenton/documents/Johnsonv.Calvert.pdf>

*contenido del contrato y están conscientes de los derechos y las obligaciones que se derivan del mismo, hacerlos cumplir es totalmente válido y correcto”.*²⁸

En contraposición a este criterio, el Estado de Louisiana determinó que *“un contrato de maternidad subrogada como está definido allí será absolutamente inválido y será nulo y no exigible por ser contrario al orden público”.*²⁹

Una postura no tal radical como la anterior, es la sustentado por el Estado de Washington, mismo que contiene una salvedad respecto al tema del orden público, en virtud que asevera que *“un contrato de maternidad subrogada celebrado por una compensación, sea ejecutado en el estado de Washington o en otra jurisdicción, será considerado nulo y no exigible en el estado de Washington por ser contrario al orden público”.* Es decir, el contrato de subrogación uterina no es nulo de origen para el Estado de Washington, lo será únicamente bajo el supuesto que el mismo contemple la obligación para los padres contratantes de entregar una remuneración a la madre contratada.³⁰

Las cuestiones de orden público relevantes para determinar la validez de este tipo de contratos, recaen en tres aspectos específicos: a) la dignidad de la mujer, ya que es absolutamente inaceptable la explotación de mujeres por motivo de este contrato; b) los derechos de los menores, puesto que jamás se permitirá la compraventa de bebés; y c) la unión de la familia, ya que el Estado procura que la familia permanezca unida y estable, evitando su destrucción, al ser ésta el núcleo de la sociedad y una de las relaciones de mayor importancia para el ser humano.

Aunado al orden público, los preceptos de Derecho de Familia se traducen en otra base fundamental para reconocer la validez del contrato de subrogación uterina. La figura del Derecho Familiar que se toma como base para determinar la validez de este contrato es la “Adopción”, es decir, si el contrato de subrogación uterina vulnera los preceptos establecidos por la figura de la adopción, luego entonces el contrato será nulo.

²⁸ Rodríguez Yong, Carlos A y Martínez Muñoz, Karol Ximena, op. cit., nota 23, p. 69.

²⁹ *Idem.*

³⁰ Rodríguez Yong, Carlos A y Martínez Muñoz, Karol Ximena, op. cit., nota 23, p. 70.

La figura de la Adopción tiene una naturaleza por demás altruista, jamás comercial, ni involucra el pago de ninguna contraprestación monetaria entre las partes. De manera que, si el contrato celebrado especifica el pago de una cantidad de dinero a favor de la madre contratada, el contrato carecerá de toda validez.

Todas estas cuestiones operarían en el supuesto de que se celebre un contrato de subrogación tradicional, en donde la madre gestante también es la madre biológica del menor en gestación, por lo que el padre biológico, tendría que entregar una cantidad de dinero, para que él y su esposa tengan derecho a recibir al bebé una vez culminado exitosamente el embarazo, teniendo la precaución de establecer claramente en el contrato, que dicho pago, se hace en calidad de compensación para la madre contratada y para solventar los gastos derivados de su estado, y nunca como pago por haber recibido un servicio ni por entregar a su bebé a través de una transacción comercial renunciando a él, aunque en el fondo éste sea el verdadero espíritu del contrato.

Al final de cuentas, es posible aseverar que, la regulación de la figura de la subrogación uterina y el estudio de la validez de su contrato, tiene el firme ánimo de suprimir, o atenuar, los efectos negativos que pueden surgir como resultado de la práctica de la controversial figura.

De acuerdo con la experiencia de la agencia especializada en subrogación uterina, Center for Surrogate Parenting, Inc., (Centro de la Paternidad Subrogada), institución que amplia experiencia en la práctica del proceso de subrogación, existen dos fases imprescindibles en el proceso de la subrogación de gestación: 1) los contratos y 2) la ultimación de los derechos de los padres, esto se traduce en la necesidad de que todas las partes involucradas en el proceso de subrogación, incluido el esposo de la mujer gestante (en caso de tenerlo), deben ajustarse al marco del contrato jurídico, así los padres solicitantes podrán ser nombrados padres legalmente.³¹

En la primera fase que se refiere a los contratos, habrá que detallar el contenido del mismo previo a la transferencia de embriones o a la Fecundación In Vitro. El contrato debe ser

³¹ Center for Surrogate Parenting, Inc. Recuperado el 10 de octubre de 2013, de <http://www.creandofamilias.com/legales.htm>

muy específico en cuanto a los derechos y responsabilidades de todas las partes incluyendo las provisiones en cuanto a la compensación, las investigaciones de antecedentes médicos y psicológicos, el consentimiento informado, la reducción selectiva, el seguro médico, el contacto futuro y la ultimación de los derechos de los padres. Con el propósito de evitar un conflicto de intereses, los futuros padres y la madre suplente tienen abogados distintos para la revisión de los contratos.

Dentro de la segunda fase, relativa a los derechos de los padres, se tendrá como objetivo primordial el que se reconozcan legalmente tanto al padre como a la madre contratantes, como los padres legales de su niño. Esta fase requiere la implicación de los futuros padres, la madre gestante y su marido.

Los procedimientos y requisitos que se requieren para nombrar los futuros padres legales del niño varían en cada entidad. Por ejemplo, en California, será oportuno obtener un “Judgment of Maternity and Paternity” (un laudo de maternidad y paternidad) antes del parto, documento que permite que el hospital y el ministro de archivos vitales pongan el nombre de los futuros padres en el certificado de nacimiento. El procedimiento es igual para cualquier tipo de subrogación si la madre suplente reside y da a luz en California.

Además, este laudo asegura que se otorgue la custodia del niño a los futuros padres después del parto en cuanto los médicos lo permitan. Este laudo elimina la necesidad de los procedimientos asociados a la adopción y reconoce legalmente la relación subrogada que se estableció entre ambas partes. Además, el laudo de la maternidad y paternidad anula los derechos de los padres de la madre gestante y, en su caso, de su marido.

Si el contrato contiene determinadas cláusulas específicas de manera clara e inequívoca, se logrará entonces una mayor probabilidad de que la celebración del mismo se logre con entera plenitud y satisfacción, evitando o disminuyendo, desde luego, toda posibilidad de que surja cualquier tipo de controversia negativa que ensombrezca el éxito del contrato.

El contenido de las cláusulas, atenderían a lo siguiente: A) Aprobación judicial del contrato, reconociendo a los padres contratantes como sujetos aptos para adoptar, y por ende, para celebrar este tipo de contrato. B) Las partes que celebran deben ser mayores de edad y otorgar su consentimiento expreso para la realización del tratamiento de

fecundación. C) La madre contratada debe ser una mujer que ya haya tenido previamente un hijo y que ofrezca pruebas documentales de este hecho. D) La madre contratada deberá someterse previamente a un examen médico. E) Las partes que celebran el contrato se someterán a una evaluación psicológica. F) Los padres contratantes deberán consentir una inspección ocular en su domicilio por parte de trabajadores sociales, para determinar la calidad de vida que le espera al menor. G) No se podrá estipular ninguna tipo de pago a favor de la madre contratada. H) El contrato deberá contener la manifestación de cada una de las partes contratantes respecto a su claro entendimiento y comprensión del contenido del mismo y los derechos y obligaciones que por ello se derivan. I) La madre contratada deberá manifestar su renuncia expresa sobre los derechos de custodia del menor, o, declarar que pretende reservarse los mismos. J) Establecer la posibilidad de que, por circunstancias extraordinarias, la madre contratada conserve con ella al menor por un periodo de hasta una semana.

Resulta lamentable, aunque oportuno comentar que, a pesar de que, al inicio de este trabajo, se hace alusión a que, tanto el hombre como la mujer, desde tiempos remotos han manifestado el deseo, el anhelo y la impulso natural, puro y verdadero de perpetuarse a través de un hijo, pero esto no siempre se cumple u observa, puesto que, en nuestro días, la práctica de la maternidad subrogada, ha atendido a meros caprichos por parte de la pareja contratante, tal como ha sucedido en algunos casos, en los que estos se han rehusado a conservar al menor porque no cumple con sus expectativas de aspecto e imagen física, o peor aún, optan por sólo conservar a uno de los menores cuando el parto ha sido múltiple, siendo este tipo de partos una situación que los médicos consideran por demás común, en virtud de que, los métodos de reproducción asistida involucrados en el proceso de la maternidad subrogada, arrojan de manera frecuente este tipo de resultados.

A pesar de que, lo citado en el párrafo anterior se considere un dato desalentador, no ha sido más que una pequeña sombra gris en medio de la inmensa luz de esperanza y triunfo en la que se ha convertido la maternidad subrogada para muchos padres, para quienes, todo el proceso de la misma, ha colmado con sus más tiernas expectativas y les ha brindado un resultado por demás satisfactorio.

Como ejemplo de esto, se puede citar el caso de una mujer, famosa por su desempeño en el medio artístico en Argentina, quien ha cobrado mayor notoriedad, proyección y fama al haber hecho público su proceso de subrogación uterina. Se trata de Marisa Brel, una destacada periodista, escritora y presentadora de televisión, casada con un productor de televisión, ambos tienen ya una hija de aproximadamente 10 años de edad. Marisa tiene poco más de 50 años de edad, y, después del nacimiento de su primera hija, buscó incansablemente volver a conseguir un embarazo, tanto por medios naturales y convencionales, como por tratamientos de Fertilización In Vitro. Pero fue en el año 2012 cuando finalmente, por recomendación de su médico, el Doctor Fernando Akerman, quien es médico especialista del Centro de Fertilidad en la Miami, Florida, se sometió una vez más al citado tratamiento, pero haciéndolo a través del proceso de la Maternidad Subrogada. Marisa entonces se dirigió a Miami, en el Estado de Florida, uno de los dos Estados de Norteamérica, junto con California, en donde se encuentra legalizada la figura de la subrogación uterina.³²

Buscó una agencia especializada en subrogación uterina y, a través de la misma, contactó a una mujer de clase media; casada y con dos hijos; de casi 40 años de edad, quien se ofreció voluntariamente a gestar un hijo para Marisa y su esposo.

El proceso de subrogación uterina fue llevado a cabo a través de la figura de la Subrogación Gestacional o Gestación Subrogada, en el cual, tal como se aclaró al inicio de este trabajo, se toman óvulos de la madre contratante y se busca que espermatozoides del padre contratante (cónyuge de la primera) fecunde al óvulo a través de la fertilización in vitro, una vez logrado esta fase, el cigoto o embrión es depositado en el útero de la mujer contratada o madre gestante.

Al dar inicio el proceso, se le indicó a ambas partes que uno de los requisitos para llevar a cabo la gestación subrogada, era la manifestación expresa del consentimiento del cónyuge de la madre gestante o contratada, puesto que así lo establece la legislación vigente en el Estado de Florida. Este requisito fue colmado sin complicación alguna.

³² National Geographic, Mi decisión, Alquiler de Vientres, op. cit., nota 1.

Cada agencia especializada en este proceso contempla determinadas particularidades que necesitan cubrirse en calidad de requisitos para llevar a cabo satisfactoriamente el proceso, pero específicamente en Florida, se exige que la madre contratada o gestante sea sometida y apruebe una serie de exámenes físicos y psicológicos; debe ser una mujer que ya haya tenido un embarazo previo sin complicaciones y que el producto de ese embarazo sea un hijo biológico (que exista un vínculo genético); que esté vivo y que actualmente viva con ella. De no ser así, existe un alto riesgo de que la mujer contratada se encuentre emocionalmente perturbada y que, darse el momento del alumbramiento, no quiera entregar al menor a sus verdaderos padres.

La mujer contratada en este caso, cumplió de manera óptima con todos los requisitos y se dio inicio al proceso. Ella externaba incluso que se encontraba plenamente consciente de lo que estaba haciendo, que el bebé que llevaba en su vientre no le pertenecía, que no se quedaría con él y que su única intención, era hacer felices a otros padres. Las familias involucradas en este caso siempre mantuvieron una relación de respeto, armonía, incluso afecto o estima y siempre se mantuvieron en una constante comunicación, tanto presencialmente como a distancia, con el ánimo de verificar la buena evolución del embarazo, manteniendo plena certeza de cuál iba a ser el resultado final de esa historia, por consiguiente, ninguna de las partes mantenía una atadura emocional hacia la otra.

Otro de los comentarios que la mujer contratada externó en varias ocasiones a los medios de comunicación, es que, ella decidió libremente someterse a este proceso sin el menor ánimo de lucro, es decir, no lo hacía por dinero, claro está que ella y su familia recibieron una suma de dinero en calidad de compensación, pero que ésta no es tan significativa como para cambiarle la vida a alguien, sino que lo hizo de corazón y que, si se le presentara de nuevo la oportunidad, volvería a hacerlo sin dudar. Llegó el momento del alumbramiento y nació entonces un varón al que sus padres nombraron Timoteo.

Fue tal el cúmulo de emociones y de experiencia vividas para las partes en este caso en particular, que de hecho, la ahora madre por subrogación, Marisa, ha escrito ya tres libros al respecto, convirtiéndose estos en éxitos literarios, en donde se han plasmado no sólo las más íntimas y profundas reflexiones de la autora y su familia, sino de todos los agentes

involucrados en su proceso por convertirse en madre nuevamente a través de la subrogación uterina, incluyendo, desde luego, a la propia madre subrogada que contrató y a su familia.

Algunas de estas reflexiones son, entre otras, la ideología machista a la que tuvo que enfrentarse en repetidas ocasiones; el excesivo costo del procedimiento, mismo que se traduce en un enorme obstáculo para cualquier mujer pueda tener acceso al mismo, la imperante necesidad de existencia de legislación sobre la subrogación uterina en el mundo entero, así como la urgencia de contar con criterios pronunciados a nivel internacional.

Todas las fases del proceso, en este caso en particular, se culminaron de manera enteramente exitosa, quedando ambas partes plenamente satisfechos y sentando al mismo tiempo, un precedente para la posteridad.³³

Es con base en los párrafos anteriores que, se puede afirmar que en Estados Unidos, de manera general, existe una regulación del contrato de subrogación uterina tomando como referencia a la ley y la jurisprudencia; hay una carencia de uniformidad de criterios entre sus Estados; la validez del contrato atiende a las normas de orden público y a los preceptos de derecho familiar, y finalmente, su regulación tiende a suprimir o al menos a atenuar las consecuencias negativas que resultan de la celebración del mismo.

Del contenido de éste capítulo se obtiene como reflexión, que Estados Unidos es una nación que se refleja ante el resto de los países como punta de lanza, piedra angular o fuente de inspiración por lo que a la regulación de la subrogación uterina respecta. De hecho, algunos países de América Latina, ya han volteado a ver todo este esquema y están actuando en consecuencia. Prueba de ello, es lo que se abordará en el próximo capítulo.

³³ National Geographic, *Vientres en Alquiler*. Recuperado el 7 de octubre de 2013, de <http://www.natgeo.tv/mx/especiales/vientres-en-alquiler>

CAPÍTULO 3: SUBROGACIÓN UTERINA EN PAÍSES DE AMÉRICA LATINA

Los países de América Latina, se han convertido hoy en día, en un área geográfica estratégica para la realización de diversos proyectos, ya sea en el ámbito cultural, comercial, de alianzas y relaciones a nivel internacional, entre otros. Se ha hecho evidente que, por lo que respecta a los temas médicos-jurídicos, países de América Latina también quieren mostrarse como naciones que pugnan y apuestan por ser considerados como países modernos, actualizados y empapados de toda información relacionada con los avances científicos en donde la medicina y el derecho tienen su punto de encuentro, y presentarse frente al mundo como naciones que constituyan una autoridad en estos temas. Al menos, eso es lo que algunos países de Latinoamérica han luchado por obtener en relación al tema de la subrogación uterina y su regulación.

Como muestra de lo anterior, abarcaré aproximaciones del tema en tres países latinoamericanos: Argentina, Colombia y Perú.

3.1 ARGENTINA

Para la doctrina argentina, el concepto de la figura de la subrogación uterina puede ser invocado de múltiples maneras, entre otras, “maternidad subrogada”; “gestación por sustitución”; “vientre de alquiler”; “maternidad intervenida”; “maternidad disociada”; “gestación por contrato”; “maternidad sustituta” o “maternidad de alquiler”, y lo define como *“el compromiso entre una mujer, llamada mujer gestante, a través del cual ésta acepta someterse a técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación en favor de una persona o pareja comitente, llamados el o los subrogantes, a quien o a quienes se compromete a entregar el niño o niños que pudieran nacer, sin que se produzca vínculo de filiación alguno con la mujer gestante, sino con el o los subrogantes”*.³⁴

³⁴ Tello, Lorena Sofía, *Maternidad Subrogada, su reconocimiento extraterritorial, un nuevo paradigma*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Nacional de la Plata, Argentina, 2009, p.11.

Bajo este tenor, esta ha establecido como criterio, que el término sustitución, para esta figura, debe referirse exclusivamente al hecho de que una mujer geste y sólo geste para otra y por otra que no puede hacerlo.

Estudios sobre el tema han derivado en la elaboración de un anteproyecto de reforma del Código Civil en Argentina, en donde queda establecido que, se ha de preferir la expresión “gestación subrogada” y no “maternidad subrogada”, en virtud que la gestante no es la madre, por lo que la palabra “maternidad” no es la adecuada; aunado a que la legislación argentina, sólo acepta la figura de la mujer que exclusivamente gesta.

La doctrina ofrece también una clasificación del contrato de “gestación subrogada”: 1) atendiendo a las obligaciones, será bilateral o unilateral; 2) atendiendo a la forma será consensual o solemne; 3) en cuanto a las contraprestaciones será oneroso o gratuito, 4) es un contrato principal puesto que no necesita de otro acto jurídico; 5) de tracto sucesivo ya que las prestaciones se cumplen a través de los 9 meses de embarazo; y es de libre discusión, dado que las partes pueden establecer libremente el contenido del mismo.³⁵

Se consideran también elementos *sine qua non* para las partes, los elementos de capacidad de las partes y manifestación expresa del consentimiento. La validez del contrato dependerá de lo establecido por la ley. El tipo de parentesco que se deriva de este proceso será el parentesco genético si los hijos son concebidos por los gametos pertenecientes a la pareja contratante, de no ser así, los hijos serán considerados como adoptivos.

La jurisprudencia argentina ha establecido que *“es necesario que el concepto de la gestación subrogada, sea lo suficientemente amplio y descriptivo, en cuanto a sus integrantes y el medio de instrumentación de las obligaciones, dado que está de por medio la vida de un ser humano y de los involucrados, al cual el Estado protege mediante sus cuerpos jurídicos”*.³⁶

Uno de los albores relacionados con la regulación de la subrogación uterina, es la Ley 25673 de Salud Sexual y Procreación Responsable, sancionada el día 22 de noviembre de 2002.

³⁵ *Ibidem*, p. 22.

³⁶ *Ibidem*, p. 14.

Lo anterior dio origen a la creación del Programa de Salud Sexual y Procreación Responsable. Como parte de sus objetivos, se estipulan aquellos relacionados con *“alcanzar el nivel de salud sexual y procreación responsable más elevado para toda la población; disminuir la morbi-mortalidad materno-infantil; prevenir los embarazos no planificados; promover la salud sexual de los adolescentes; contribuir a la detección precoz de infecciones transmitidas sexualmente; garantizar el acceso a la información; orientación, métodos y prestaciones de servicios referidos a la salud sexual y procreación responsable y potenciar la participación de las mujeres en la toma de decisiones relativas al tema”*.³⁷

Durante el año 2011, el un legislador argentino, de nombre Hugo Nelson Prieto, presentó un proyecto de ley denominado “Régimen de maternidad subrogada”. El citado proyecto abordaba, entre otros aspectos, la creación de una Agencia Pública de la Maternidad Subrogada con personal y asignación de presupuesto; especificaba los elementos personales del contrato; los requisitos de las partes involucradas en el proceso, considerando entre estos al médico responsable del procedimiento; lo relativo a la donación de óvulos y espermatozoides y los derechos y obligaciones de las partes.

Imponía como requisito, que la madre gestante debía ser una mujer con plena capacidad para contratar; tener una edad comprendida entre los 18 y 35 años y jamás podía ser la dueña del óvulo fecundado; hallarse inscripta en el Registro de la Agencia Pública de la Maternidad Subrogada así como cumplir con determinados exámenes médicos.

El o los contratantes debían ser mayores de edad, pero no tener más de 50 años. Debían tener una residencia mínima de tres años en el país, ser plenamente capaces, solventar los gastos íntegros del procedimiento de maternidad subrogada entre otros requisitos de tipo formal.

Obligaba además a que los médicos que intervinieran en el desarrollo del procedimiento, redactaran un documento que se constituiría como Instrumento de la Gestación Subrogada, cuyas formalidades para su elaboración y entrega, se encontraban estipuladas en el mismo

³⁷ Mir Candal, Leila. (2010). La Maternidad Intervenida, Reflexiones en torno a la Maternidad Subrogada. Recuperado el 15 de septiembre de 2013, de http://www.unesco.org.uy/ci/fileadmin/shs/redbioetica/revista_1/Leila.pdf

proyecto de ley. Se prohibían expresamente la gestación en mujeres en coma o en animales, y jamás tendría como finalidad la clonación.

Este proyecto, al no mencionar expresamente el sexo de pertenencia de los subrogantes, parecería indicar que el mismo se hallaba abierto a parejas de igual o distinto sexo en virtud de la reciente ley de Matrimonio Igualitario. Una de las omisiones que se presentaba en este novedoso proyecto de ley, es la referente a la remuneración o compensación a la que la mujer gestante tendría derecho a percibir.

Cabe destacar que éste, fue uno de los proyectos que sentaron un valioso precedente para el estudio y regulación de la subrogación uterina en Argentina, pese a que nunca fue aprobado.

Más adelante, el 1º de marzo del año 2012, se anunció el envío del proyecto de unificación de los códigos civil y comercial en Argentina. Este proyecto de código contempla numerosas reformas de fondo, entre las cuales destaca la regulación de la “gestación por sustitución”.

En junio del año 2013, un tribunal civil de Buenos Aires legitimó la práctica de la maternidad subrogada de una manera poco convencional, pues ordenó adjudicar la filiación a una menor nacida de un vientre diferente al de su madre biológica.³⁸

En este caso estaba involucrada una pareja de cónyuges, quienes ante la imposibilidad de tener hijos propios, aceptaron la cooperación y apoyo de una amiga de ambos, quien se ofreció para gestar a su futuro bebé a través del tratamiento de fertilización in vitro y del proceso de la subrogación uterina.

La madre gestante en cuestión ya era madre de dos hijos y separada de su cónyuge, la que en todo momento, manifestó de su completo consentimiento a gestar un niño para terceros.

El proceso fue llevado a cabo de manera óptima en cuanto al tratamiento médico se refiere, lográndose un embrión que fue implantado en la mujer contratada. El embarazo se desarrolló sin complicación alguna y, en abril del año 2012 aconteció el alumbramiento.

³⁸ Un Hijo es Posible, Primer sitio sobre alquiler de vientres para América Latina. Recuperado el 1 de agosto de 2013, de <http://www.unhijoesposible.com/index.php>

Fue en este momento cuando surgió la problemática jurídica, en virtud que, el código civil argentino establece que “madre es quien tiene el parto”. Por regla general, la mujer que tiene el parto también guarda relación biológica con el niño; pero en los casos de maternidad subrogada, esta regla se encuentra desvirtuada. Ante la presente contienda, la autoridad jurisdiccional, decidió privilegiar el nexo biológico entre la niña y la pareja contratante que aportó su propio material genético, sumado a otro principio que sostiene que la “voluntad procreacional” debe tener un rol preponderante en estos casos. La voluntad procreacional es un principio que establece que *“la voluntad de los padres para procrear al niño mediante tratamientos de fertilidad debe ser particularmente tenida en cuenta”*.

Es de esta forma que, considerando la “voluntad procreacional” y el “nexo biológico” se logró un razonamiento que permitió adjudicar la maternidad y la paternidad a la pareja contratante que aportó sus propios gametos.

Sin lugar a dudas, esta resolución se traduce en un fiel ejemplo de vanguardia en materia legal y en el desarrollo de la práctica de la maternidad subrogada para Argentina.

Un fenómeno similar al explicado en las líneas anteriores, está suscitándose en otros países hermanos de América Latina, tal como se apreciará en el texto a continuación.

3.2 COLOMBIA

El fenómeno de la subrogación uterina se ha convertido en una realidad social para Colombia, lo que ha provocado en las autoridades de esta nación, un real interés por resolver el vacío jurídico que existe alrededor del mismo.

Para Colombia, esta figura resulta por demás controversial, en virtud de que rompe por completo con los esquemas conocidos por la sociedad colombiana respecto al tema de la maternidad y la procreación, puesto que, tal como se contempla en México, “se le considera madre a aquella mujer que ha dado a luz”, regla que deja de cumplirse en la figura de la subrogación uterina.

De acuerdo con lo publicado por la Revista Colombiana de Ginecología y Obstetricia, la infertilidad a nivel nacional afecta del 6.9 al 9.3% de las parejas en edad reproductiva, y de estas el 51.2% acuden a centros de atención en salud, para determinar la causa de tal condición. Estos estudios están excluidos del Plan Obligatorio de Salud lo que hace que las parejas asuman costos, en ocasiones, exorbitantes.³⁹

Para la doctrina colombiana, el concepto del contrato de la subrogación uterina es de hecho similar al que se contempla en países como Argentina y México, en el cual interviene una pareja de cónyuges quienes contratan a una mujer para gestar a su hijo a través del método de fecundación in vitro, quien al término del embarazo se obliga a entregar al menor a la pareja contratante quienes deberán pagar una compensación a la madre contratada.

La particularidad de la doctrina en Colombia respecto al tema, es que señala que la mujer subrogante no es una simple madre contratante o madre genética, sino que se le considera como la madre legal del menor.⁴⁰

La clasificación del contrato también refleja similitudes con la contemplada en los países antes mencionados, se le considera un contrato bilateral; formal; de tracto sucesivo; oneroso; principal; solemne y se le considera también un contrato “intuitu personae”, puesto que el contrato se celebrará única y exclusivamente con una determinada persona.

Uno de los primeros esfuerzos legislativos que pretendían regular el ejercicio de la subrogación uterina, fue el suscitado en el año 2001, cuando surgió el Proyecto de Ley 151, iniciativa que definía conceptos referentes a la aplicación de los métodos de procreación humana asistida, la manipulación genética; el genoma humano y aspectos legales tanto en materia civil como penal.⁴¹

El citado proyecto de ley, a pesar de que no llegó a ser considerado como una norma reguladora al no prosperar en los debates en el Congreso, se traduce en un valioso impulso

³⁹ Arteta Acosta, Cindy. (2011, 28 de febrero). Maternidad Subrogada. *Revista Ciencias Médicas Universidad de Cartagena Colombia*, 7. Recuperado el 30 de septiembre de 2013, de http://www.revista.spotmediav.com/pdf/2-1/12_MATERNIDAD_SUBROGADA.pdf

⁴⁰ Aguilar Gómez, Emilio José, *Contrato de Arrendamiento del Vientre de la Mujer Una mirada de la Norma Constitucional Colombiana*, 1a. ed., Colombia, Universidad Libre Sede Cartagena, 2010, p. 30.

⁴¹ *Ibidem*, p. 36.

para brindar dinamismo a las figuras del derecho que se han visto rebasadas por los agigantados avances de la medicina.

Un ejemplo más, es el Proyecto de Ley 029, el cual data del año 2003, mismo que ha reconocido a la subrogación uterina como una práctica legal y ética en tanto y cuanto el ejercicio de la misma tenga una justificación médica, tal sería el caso de mujeres jóvenes a las que se le practicó una histerectomía, mujeres sometidas a procesos quirúrgicos a través de los cuales hayan perdido su capacidad reproductiva, por citar algunos.

Paralelamente a los esfuerzos legislativos, han surgido detractores del tema, tal como lo es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, mismo que ha manifestado que *“bajo ninguna circunstancia está a favor de la práctica de alquiler de vientres, porque el objetivo primordial del Instituto es proteger y salvaguardar los derechos de los niños y hacerlos prevalecer frente a los de los adultos”*.

Así lo confirmó la Licenciada Martha Lucía Ballesteros, abogada de niñez y de familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar: *“el alquiler de vientres es una forma de trata de personas, un negocio donde los seres humanos están de por medio, una práctica que atenta contra la dignidad del infante y lo convierte en un foco de discusión”*.⁴²

Resulta pertinente destacar que, a pesar de los intentos por regular a la subrogación en Colombia, esta figura no se encuentra expresamente prohibida en la legislación colombiana, es por ello que resulta preciso que se establezca la debida normatividad sobre el tema, con el ánimo de evitar que la inexistencia de disposiciones legales al respecto, sigan permitiendo que las mujeres colombianas en condiciones sociales y económicas vulnerables, comercien con su cuerpo e incluso lleguen a ser explotadas por causa de su estado de necesidad, aunado al hecho de que diversas instituciones médicas se sirvan de lo anterior para practicar procesos de subrogación sin control alguno.

Ejemplo fiel de la problemática citada es el de Yesenia, una joven de 25 años originaria de Medellín, madre soltera de un niño de 7 años, quien por su precaria condición económica, ofrece sus servicios por internet para rentar su vientre, intentando solventar de este modo sus necesidades propias y las de su familia. Los padres que han contratado los servicios de

⁴² Arteta Acosta, Cindy, op. cit., nota 39.

Yesenia han sido extranjeros, y el intermediario en esta relación ha sido una clínica de fertilidad en Colombia.

A pesar de que Yesenia es una mujer joven que cumple con las condiciones físicas para lograr el embarazo, éste no se ha dado, pues el procedimiento al cual es sometida para lograr ese propósito, es por demás complejo, situación que no la ha detenido en la búsqueda de sus objetivos económicos. A la fecha, lleva cuatro intentos de embarazo fallidos, pero, al final de cuentas, ella no ha sufrido pérdida alguna, pues han sido los padres contratantes los que han cubierto todos los gastos, incluso, algunos en donde ella ha salido directamente beneficiada, como ropa y alimentos, aunado a los gastos médicos que la clínica exige como pago por sus servicios. Pese a que Yesenia manifiesta un interés preponderantemente económico en su actividad, asegura que también la motiva el hecho de brindar felicidad a las familias que no pueden tener hijos.⁴³

Otro de los casos recientes acontecidos en Colombia, giró en torno a la problemática que se desprende de la legalidad de la subrogación uterina, así como a la ruptura del concepto de maternidad en Colombia.

En el año 2010 la Corte Constitucional resolvió a favor de una mujer que subrogó su vientre, reconociéndole derechos de visita en relación a los dos menores nacidos en el año 2006 por medio del procedimiento al que se sometió.

Derivado de este caso, y ante los traumáticos eventos que sufrieron las partes involucradas, la abogada Martha Lucía Ballesteros, quien forma parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, sostuvo que el alquiler de vientres podría considerarse como la creación de una situación donde resulta vulnerado principalmente el infante y muchas veces los padres que contratan y la madre que presta su vientre; además sugiere que es mucho más fácil y menos traumático adoptar a un niño ya existente, pero que carece de la protección de una familia para su satisfactorio desarrollo y crecimiento.

Pese a estos pronunciamientos, en Colombia existe una amplia posibilidad de celebrar un contrato de subrogación uterina para gestar el hijo biológico de terceros, encuadrándolo en el ordenamiento legal vigente en el país, dado que se encuentra respaldado por el principio

⁴³ National Geographic, Mi decisión, Alquiler de Vientres, op. cit., nota 1.

de libertad reproductiva a la que hacen referencia los preceptos constitucionales y de derecho familiar colombianos, sin dejar de lado que esta figura, se ve obstaculizada por diversos motivos, como los prejuicios que la propia sociedad colombiana conserva así como la falta de cultura médica, entre otros.

3.3 PERÚ

El ejercicio de la subrogación uterina se refleja como una realidad social, y, al igual que ocurre en algunos países de Latinoamérica, existe una ausencia de un cuerpo legal que la regule adecuadamente, convirtiéndola así en una figura ilegal, puesto que para el Perú, ésta práctica vulnera los derechos humanos y en especial, los derechos de los niños que nacen mediante el sistema de subrogación uterina.

El conflicto que se genera de esta figura, se centra principalmente en el tema de la “filiación”, ya que para la legislación vigente en materia familiar en Perú, así como para lo dispuesto por la Ley General de Salud, “es considerada madre aquella mujer que gesta y alumbró a un ser humano”, criterio que desfavorece a los padres biológicos de un menor gestado a través del proceso de subrogación uterina, desprotegiendo al mismo tiempo al propio menor en cuestión, dado que sus verdaderos padres no podrían reclamar derecho alguno respecto de él, siendo la madre contratada a quien se le reconocerían, pudiéndose quedar con el menor.⁴⁴

Los doctrinarios peruanos conciben al fenómeno de la subrogación uterina como “aquella técnica de procreación asistida, que se realiza fuera del útero de la mujer, con material genético de una pareja contratante o proveniente de terceras personas”. Es así que, bajo este esquema, los elementos personales que pueden identificarse son los siguientes: a) Madre Portadora (quien es la mujer contratada para un proceso de subrogación gestacional y no comparte material genético con el bebé); b) Madre Sustituta (quien es la mujer que es contratada para la práctica de una subrogación tradicional y comparte material genético con el menor); c) Madre Contratante (siendo ésta la mujer que al padecer esterilidad, se sirve de

⁴⁴ Jiménez Domínguez, Diógenes, *Legalización de la Contratación de Alquiler de Vientre con Subrogación Materna en el Perú*, Perú, Facultad de Derecho y Ciencia Política Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote, 2010, p. 350.

otra mujer para gestar y dar a luz a su hijo, sea ella quien aporte el material genético o no);
d) Padre Contratante (cónyuge de la madre contratante quien aporta material genético para fecundar al óvulo de su cónyuge o de la mujer contratada).⁴⁵

Para la doctrina Peruana, existen tres maneras a través de las que el ser humano puede crear una familia: a) En forma natural o convencional, a través de las relaciones sexuales entre hombre y mujer, que conduce al reconocimiento legal de la mujer gestante como madre genética del menor en cuestión; b) Con asistencia médica mediante la fecundación in vitro; inseminación artificial o a través de la maternidad subrogada.

En el Perú, la filiación todavía está determinada por las distancias generacionales entre las personas, ascendiendo hasta un antecesor común.

El código civil peruano, vigente desde el año 1984, en materia de filiación, sostiene el concepto clásico romano, según el cual la mujer que gesta un bebé es la madre de éste, hecho que se prueba con el alumbramiento.

El citado cuerpo legal refleja un vacío por lo que a la subrogación uterina y a la teoría del parentesco genético se refiere. El parentesco genético, es aquel que se determina por la proporción de genes idénticos de un antecesor a sus descendientes y la reserva común de genes iguales por descendencia.

Este tipo de parentesco, determina con mayor certeza la relación consanguínea entre las personas por los genes idénticos que se adquieren por transmisibilidad de la descendencia, evidenciado de la siguiente manera: de hijo a padres 50%; de nieto a abuelos 25%; de sobrino a tíos 12,5%; de primos a primos 6,25%.⁴⁶

La ley general de salud 26842 vigente desde el año 1997, aborda en su artículo 7° el tema del parentesco genético al citar una condicionante para procrear de manera no convencional, incluyendo a la subrogación uterina: “Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética recaiga sobre la misma persona”.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 351.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 352.

La nueva teoría del parentesco genético con base científica ha superado al clásico sistema de filiación romanista, estableciendo con mayor certeza el grado de filiación entre las personas mediante la proporción de genes idénticos transferidos a un antecesor común, constituyendo así, una base significativa para sustentar la legalización de la subrogación uterina y la validez de su contrato en el Perú, aspectos que resultan urgentes de visualizar para un considerable número de personas dentro de la sociedad peruana.

Dicha situación se plasmó en una encuesta realizada por el Doctor Peruano Diógenes Jiménez Domínguez, misma que fue aplicada a 200 personas, entre los que se encontraban representantes de las instituciones organizadas de la sociedad civil y de los grupos de interés en infertilidad, evidenciando con esto una tendencia favorable hacia la subrogación uterina, en virtud que más del 50% de los encuestados, se pronunció a favor de la legalización de la contratación de la subrogación materna en el Perú, considerándola como una buena alternativa para los problemas de infertilidad en los peruanos.

Tal ha sido el interés por practicar la subrogación en el Perú, que ya se han presentado algunas controversias en el ejercicio y desarrollo de esta figura. Así aconteció en la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de Perú, instancia que resolvió el primer caso de vientre de alquiler en nuestro país. El proceso culminó al pronunciarse a favor de una pareja que acordó con otra una fecundación asistida y una posterior adopción a cambio de dinero. La problemática surgió cuando los padres biológicos se arrepintieron del acuerdo.

El órgano colegiado determinó en la Casación N°563-2011-Lima que el derecho de un menor engendrado por fecundación asistida a tener una familia idónea prevalece sobre el derecho de la madre biológica y su esposo de ejercer su patria potestad cuando ambos, premeditadamente, acordaron procrear a un ser humano para entregarlo en adopción a cambio de “beneficios económicos”.⁴⁷

⁴⁷ Diario El Comercio. (17 de noviembre, 2012). El primer caso de vientre de alquiler fue resuelto por el Poder Judicial. Recuperado el 1 de octubre de 2013, de <http://elcomercio.pe/actualidad/1497716/noticia-primer-caso-ventre-alquiler-fue-resuelto-poder-judicial>

El criterio base tomado para el pronunciamiento de la resolución fue el principio del interés superior del niño y el respeto de los derechos del niño y adolescente, entendiéndose por interés superior a la plena satisfacción de sus derechos y a su protección integral.

En el caso anterior se consideró también el precedente sentado por un caso entre dos hermanos. Este caso involucraba a una pareja de cónyuges, en donde el esposo pidió a su hermana fungiera como madre contratante dentro de un procedimiento de subrogación.

Al inicio ella accedió sin inconveniente alguno, pero llegado el momento del alumbramiento, se rehusó a entregar al bebé. El fallo determinó que la niña debía tener una familia con los padres contratantes, lo que fue apelado por la madre biológica y, posteriormente, confirmado por la sala civil superior respectiva. Los nombres de los implicados se mantuvieron en reserva.

En el Perú, la contratación de alquiler de vientre con subrogación materna, se realiza ilegalmente por falta de una legislación especial apropiada. Se oferta y demanda alquiler de vientres para subrogación materna por diversos medios de comunicación escrita e internet, luego entonces, resulta precisa su correcta regulación en aras de brindar una solución jurídica ante la citada problemática.

El escenario presentado sobre la subrogación uterina en algunos países de Latinoamérica no es ajeno ni se encuentra lejano a la realidad de nuestro país, México, tal como se podrá apreciar en las líneas del siguiente capítulo.

CAPÍTULO 4: SUBROGACIÓN UTERINA EN MÉXICO

En México, al igual que en Estados Unidos y algunos países de Latinoamérica, los descubrimientos científicos han impulsado y generado cambios en los cuerpos legales vigentes en materia familiar. Estos cambios no sólo afectan al mundo del Derecho, sino también a otras esferas normativas, como lo son la moral, las relaciones sociales, la integridad familiar, las normas éticas, e incluso, a los esquemas religiosos, sobre todo en nuestro país, en donde se cuenta con un número de católicos que rebasa el 80% de la población.⁴⁸

Es pues, la subrogación uterina, ejemplo fiel de lo anteriormente expuesto, en virtud que es una figura que obliga a replantearse una serie de conceptos arraigados, y concretamente en el ámbito jurídico, orilla a cuestionar disposiciones de derecho civil, tales como paternidad, filiación y maternidad.

Desde el punto de vista jurídico, la maternidad forma parte de la institución jurídica de la filiación, es decir, del vínculo natural y/o jurídico que une a los descendientes con sus progenitores, en efecto puede derivar dicha relación de la naturaleza (generación) o de la ficción de la ley (adopción). Así también la maternidad es la relación real o supuesta de la madre con el descendiente.

El régimen legal de la filiación parte de una tajante distinción entre la maternidad y la paternidad, ya que la maternidad de acuerdo con la máxima romana *MATER SEMPER CERTA EST*, se define y se prueba con el alumbramiento o parto, mientras que la paternidad se identifica jurídicamente mediante presunciones que parten de esta certeza de maternidad y en virtud, de los deberes de cohabitación y fidelidad de los cónyuges entre sí dentro del matrimonio, al grado de decir que la paternidad es un mero acto de buena fe.

Ante la aparición de las diversas formas de maternidad subrogada, la doctrina civil mantiene un parecer inalterable, sosteniendo que en la determinación de la maternidad, el

⁴⁸ Instituto Nacional de Estadística y Geografía. Recuperado el 10 de octubre de 2013, de http://www.inegi.org.mx/prod_servi/contenidos/espanol/bvinegi/productos/integracion/sociodemografico/religion/Div_rel.pdf

presupuesto o elemento biológico de la gestación y el parto, es y debe ser el criterio fundamental para designar legalmente a la madre.

A la figura de la subrogación uterina se le ha contemplado como *"el contrato por el cual, una mujer acepta prestar su cuerpo para que le sea implantado un embrión ajeno llevando el embarazo a término, permitiendo en esta forma tener descendencia a personas que en otra forma no sería posible"*.⁴⁹

Este concepto, aparentemente nos brinda una imagen clara y sin problemas, sin tener en consideración los retos que el mismo lleva implícitos, retos como la posibilidad de engendrar de las parejas homosexuales, situación que constituye tan solo una breve aproximación de los grandes conflictos y prácticas perturbadoras que pueden derivarse de la subrogación uterina y las diversas técnicas de reproducción asistida, díganse desastres biológicos; refugios y manipulación genética indiscriminada: experimentación desmedida; corrupción, por mencionar algunos de manera enunciativa.

La Doctora Ingrid Brena, coordinadora e investigadora del Núcleo de Estudios en Derecho y Salud en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, quien es experta en este tema, nos brinda una definición sencilla y general sobre la figura de la subrogación uterina, al señalar que *"es el procedimiento mediante el cual, una persona o una pareja, encargan a una mujer la gestación de un niño, el cual será entregado a la pareja o persona que lo solicitó después de su nacimiento"*.⁵⁰

Otra de las definiciones existentes en nuestro país sobre la subrogación, es la que nos brinda la abogada experta en el tema, Ana Soledad Delgado Calva, quien propone la siguiente: *"Es el acto jurídico mediante el cual un médico con experiencia en la materia, aplicará alguna de las técnicas de reproducción asistida (inseminación artificial y fecundación in vitro) , a una mujer denominada subrogada, quien será soltera, y lo permitirá por única vez, previo convenio que haga con otra mujer denominada subrogante, a fin de que se le implante el óvulo de la subrogante y el semen del esposo o concubina de*

⁴⁹ Arámbula Reyes, Alma, op. cit., nota 21, p. 7.

⁵⁰ Brena Sesma, Ingrid. "La Maternidad Subrogada ¿Es suficiente la legislación civil vigente para regularla?". *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, México, 2012, pp. 141-157

esta, ambas mujeres y hombres mayores de edad, a cambio de que la subrogada reciba de la subrogante cierta cantidad de dinero más los gastos médicos necesarios, de modo que al finalizar el embarazo, la subrogada haga entrega del bebé a la subrogante".⁵¹

Del anterior concepto se desprenden los siguientes elementos: 1) Acto jurídico; 2) Un médico con experiencia en la materia; 3) Técnicas de reproducción asistida (inseminación artificial y fecundación in vitro); 4) Mujer denominada subrogada, quien será soltera; 5) Mujer denominada subrogante, quien será casada o concubina; 6) Esposo o concubino de la subrogante; 7) Óvulo de la subrogante y el semen del esposo o concubino de esta; 8) Convenio; 9) Partes involucradas mayores de edad; 10) Cierta cantidad de dinero más los gastos médicos necesarios; 11) La subrogada hará entrega del bebé a la subrogante, y 12) Única vez.⁵²

El fenómeno de la subrogación uterina, ha dado lugar a la aparición de formas de maternidad compartida, que la doctrina ha clasificado según los grados de intervención de cada una de las mujeres en la procreación. Así se han llegado a identificar las siguientes modalidades con relación a la maternidad: a) Maternidad plena: es la que une la relación biológica (genética y de gestación) con el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes que implican la maternidad; b) Maternidad genética: es la de quien se convierte en donante de óvulos; c) Maternidad de gestación: cuando la mujer lleva adelante la gestación de un embrión a partir de un óvulo donado; d) Maternidad legal: la de quien asume frente al hijo los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad sin que existan entre ellos vínculos biológicos.

Se puede distinguir entre dos tipos de maternidad subrogada: Parcial: la madre gesta un embrión genéticamente relacionado con ella; Completa: la madre gesta un embrión que no fue fecundado a partir de un óvulo suyo.

Existe una clasificación para la subrogación uterina, pudiendo ser: Comercial, cuando por prestar el útero, se paga una cantidad de dinero; y Altruista o gratuita, cuando por prestar su útero, no se le remunera, cuando más la pareja paga los gastos del embarazo y del parto.

⁵¹ Arámbula Reyes, Alma, op. cit., nota 21, p. 40.

⁵² *Idem.*

Es ahora, el momento oportuno para abordar lo que nuestra legislación establece respecto a los temas de la reproducción humana, subrogación uterina y todos los elementos inherentes a esta problemática.

Nuestra Carta Magna, establece al derecho de procreación como un derecho fundamental del ser humano, puesto que, en su artículo 4º, aunado a la invocación relativa a la igualdad de derechos frente a la ley entre hombre y mujer, contempla en el párrafo segundo que *“toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos”*.⁵³

Diversos instrumentos internacionales de los que México es parte, mismos que al igual que nuestra Constitución Política de acuerdo con su artículo 133, constituyen Ley Suprema de la Unión, establecen también a la procreación como un derecho fundamental del ser humano, sumando a este, el derecho que toda persona tiene a participar en el progreso científico y a los beneficios que de él resulten. Luego entonces puede interpretarse que, toda persona en nuestro país, tiene la libertad de procrear libremente, auxiliándose de las herramientas y métodos que la ciencia aporta para este cometido, en el supuesto de que no pueda lograrse por los medios naturales o convencionales.

El cuerpo que regula la parte sustantiva en materia civil, vigente en el Distrito Federal, establece en su artículo 162 que: “Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges”.⁵⁴

Aunado a lo anterior, la Ley General de Salud, misma que se desprende del artículo cuarto Constitucional, hace referencia a diversas técnicas de reproducción humana asistida, tal

⁵³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Revisada y actualizada por Miguel Carbonell, México, Porrúa, 2009.

⁵⁴ Código Civil para el Distrito Federal, Revisión y comentario al divorcio de Gabino Trejo Guerrero, México, Sista, 2010.

como se puede observar en lo dispuesto por los artículos 1o., 3o. y 27, fracción quinta, así como en los artículos 67, párrafos primero y segundo, y 68 de la misma.⁵⁵

Los artículos anteriormente citados, abordan el tema de la planificación familiar y de la coordinación de la investigación para la salud de los seres humanos. Aspecto interesante que contempla esta ley, es lo establecido en sus artículos 96 al 100, los que tratan el tema de la investigación sobre la ingeniería genética, aunque cabe señalar que estas disposiciones no son del todo amplias y precisas.

Retomando un poco lo dispuesto por el Código Civil para el Distrito Federal, las cuestiones relativas al parentesco y filiación derivadas de los procedimientos de reproducción asistida, se encuentran contenidas en los artículos 267, 293, 326, 329, 336, 338, 374, 378 y 382 respectivamente.⁵⁶

Un ordenamiento más que dispone numerales que regulan las consecuencias del ejercicio de las técnicas de reproducción asistida, es el Código Penal para el Distrito Federal, situación que se hace evidente en los artículos 149 al 153, mismos que sancionan diversos supuestos conductuales relacionados íntimamente con las prácticas de los métodos de reproducción asistida, que se consideran como delitos.⁵⁷

Es oportuno destacar que, el primer estado de la República Mexicana que formuló esfuerzos legislativos que regularan a la subrogación uterina fue el Estado de Tabasco. El Código Civil de esta entidad federativa, regula tanto la maternidad subrogada o subrogación tradicional como la llamada subrogación gestacional.

Un elemento notable de este cuerpo legal, es que ambos supuestos de subrogación uterina los encuadra dentro de los lineamientos de un contrato, sin que dentro de la parte referente a los contratos en el citado código se haga mención alguna al respecto.

⁵⁵ Ley General de Salud, Sista, México, Distrito Federal, 2012.

⁵⁶ Código Civil para el Distrito Federal, op. cit., nota 54.

⁵⁷ Código Penal para el Distrito Federal: comentado y anotado, Quijada, Rodrigo, México, Ángel Editor, 2007.

Dentro del texto legal tabasqueño es posible apreciar que queda suprimida la máxima jurídica sobre la presunción de la maternidad, eliminando al alumbramiento como prueba fehaciente para adjudicar la misma. Claramente, el Estado de Tabasco otorga especial importancia a la voluntad procreacional al establecer que no se podrán desconocer a los hijos nacidos como resultado del empleo de cualquier método de reproducción humana artificial si consta de manera fehaciente el consentimiento. Respecto a la filiación, en el supuesto en el que participe una segunda mujer, es decir, de la subrogación tradicional, se presumirá como madre legal a la mujer que contrata, aunque no provea el óvulo, y el niño será considerado como su hijo legítimo.

4.1 PROYECTO DE LEY DE MATERNIDAD SUBROGADA EN MÉXICO

Una aproximación más a los esfuerzos legislativos por brindar certeza jurídica a la subrogación uterina en el Distrito Federal, es el proyecto de ley impulsado por la diputada Maricela Contreras, Presidenta de la Comisión de Salud de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal (ALDF), quien ha venido realizando esta actividad desde el año 2009, misma que, en caso de que resulte fructífera, permitiría regular en el Distrito Federal el procedimiento conocido también como "renta de útero".

Una primera iniciativa de Ley fue aprobada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal el 30 de noviembre de 2010 y posteriormente enviada al Jefe de Gobierno del Distrito Federal (en ese periodo de tiempo fungía como titular del cargo Marcelo Ebrard Casaubón), para su promulgación y publicación. Se recibió el oficio con fecha 10 de diciembre de 2010.

La citada iniciativa presentaba ciertos problemas de inclusión, puesto que limitaba el procedimiento a parejas heterosexuales unidas en matrimonio, lo que implicaba un límite injustificado a personas solteras, parejas unidas en concubinato y parejas homosexuales casadas, entre otros inconvenientes.

En consideración a la problemática comentada en el párrafo anterior, el Jefe de Gobierno determinó consultar a especialistas para que la Ley de Gestación Subrogada no limitara

derechos ni discriminara personas y por ende no pudiera ser cuestionada ante la Suprema Corte.

Se consultaron al área de Derechos Sexuales y Reproductivos del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), al Grupo de Reproducción Asistida (GIRE) y al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Estas instituciones, junto con la consejera jurídica del Gobierno del DF, Leticia Bonifaz, realizaron diversas modificaciones a la iniciativa aprobada por la ALDF para presentar un Dictamen más completo y blindado ante estas posibles acciones.

Las modificaciones trascendentales y observables que se efectuaron al proyecto de ley, estriban en los siguientes puntos: 1. Incluyen a todas las personas, es decir, cualquier persona sin distinción de preferencia o condición sexual podrá tener acceso al procedimiento de la subrogación uterina, considerando que el decreto original únicamente permitía la subrogación a parejas unidas en matrimonio o bajo el supuesto del concubinato; 2. Se hace referencia a la madre gestante como “persona gestante”, situación que significa que la capacidad para ser una madre subrogada no recae exclusivamente en la mujer, lo que parecería en primera instancia absurdo, puesto que el género femenino es el único que por su propia condición y naturaleza puede engendrar y concebir, pero, ante escenarios en donde se presentan personas que nacieron siendo mujeres pero que por un cambio de sexo son considerados legalmente como varones, la ley permite entonces que estas personas también puedan someterse a la subrogación uterina, naturalmente siempre y cuando hayan conservado su órganos reproductivos femeninos (caso de Scott Moore y Thomas Beattie); 3. Se remiten al Código Penal los supuestos de interrupción del embarazo que se contemplan en el Decreto, y, 4. Se precisan los conceptos de interés superior del niño y su carácter primordial.

El 17 de septiembre de 2011 el Jefe de Gobierno remitió las observaciones a la ALDF y el 29 de septiembre fueron turnadas a las comisiones unidas de Salud y de Equidad de Género, quienes emitieron un dictamen. La nueva iniciativa de Ley fue aprobada en comisiones el 8 de diciembre y subió al Pleno el día 20 de diciembre, ambas fechas en el año 2011.

Una serie de problemas y contratiempos durante el proceso legislativo en cuestión, dieron origen a los argumentos que el Partido Acción Nacional presentó en contra del Proyecto de Ley de la Gestación Subrogada, los que fueron suficientes para impedir que dicho proyecto fuera aprobado. De manera que, por cuestiones meramente formales del proceso legislativo, el proyecto de ley no logró prosperar en la manera en la que se tenía contemplada.

El 21 de diciembre de 2011, un día después de que la iniciativa en el Pleno de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal no prosperara, Alejandra Barrales, presidenta de la Comisión de Gobierno de la ALDF y precandidata por el Partido de la Revolución Democrática para el Gobierno del Distrito Federal, confirmó su interés en que se haga realidad esta Ley y se comprometió a ello, de manera que sólo resta esperar por ello.

Una vez expuestas a grandes rasgos las fases cronológicas en las que se fue desarrollando el proyecto de ley de gestación subrogada, es oportuno abordar el contenido final del este controversial proyecto, aprobado en comisiones el día 8 de diciembre de 2011, mismo que, en virtud de la moción suspensiva comentada con anterioridad, ha regresado a comisiones, dejándolo frente a un futuro incierto.

El proyecto aporta la definición de “*gestación subrogada*”, al señalar que es “el acuerdo de voluntades entre las partes para la transferencia de embriones humanos en la persona gestante, producto de la fecundación de un óvulo y un espermatozoide y que concluye con el parto o la terminación del embarazo”.

Aclara que, “*Instrumento para la Gestación Subrogada*” es “el convenio mediante el cual se manifiesta el consentimiento ante Notario Público por parte de una persona con capacidad de ejercicio, para la transferencia del embrión o los embriones y, en caso de implantación, el desarrollo del embarazo, hasta la terminación de este, en beneficio de una o dos personas solicitantes, quienes manifiestan también su consentimiento para transferir uno o más embriones al útero de la persona gestante”.

Establece que, “*Personas solicitantes*” son “las personas con capacidad de ejercicio que se comprometen mediante un Convenio a contribuir y velar porque el proceso de gestación se lleve a término y a ejercer los derechos y cumplir con las obligaciones que se derivan de la

filiación constituida con el niño o niños que nazcan como consecuencia de la Gestación Subrogada”.

Ordena que el “*médico tratante*” deberá ser un médico especialista en reproducción asistida que puede auxiliarse de más especialistas en diversas ramas de la medicina para la atención de la Gestación Subrogada.

Aporta una definición más al indicar que “Persona gestante” es aquella con capacidad de ejercicio que, sin fines de lucro, se compromete a permitir la transferencia y eventual implantación de uno o más embriones y a procurar el desarrollo del embarazo, hasta la terminación de este, momento en que concluye su obligación subrogada.

Concluidas las definiciones, el proyecto establece que la técnica de Reproducción Asistida que dará origen a la Gestación Subrogada sólo se podrá llevar a cabo en aquellas instituciones de salud públicas o privadas que cuenten con la autorización de la autoridad competente para realizar la transferencia de embriones humanos.

El texto es claro al señalar que los derechos de filiación con el niño o niños que nazcan como consecuencia de la Gestación Subrogada se producen respecto a la persona o personas solicitantes de la Gestación Subrogada.

La Gestación Subrogada deberá realizarse protegiendo en todo momento la dignidad de las personas que sean parte de esta práctica y el interés superior del niño o niños que nazcan como consecuencia de la Gestación Subrogada. Todas las personas involucradas procurarán el adecuado desarrollo del embarazo.

La Gestación Subrogada se realizará SIN FINES DE LUCRO entre las personas solicitantes y la persona gestante.⁵⁸

Es deber del médico tratante y del personal de salud informar a las personas solicitantes y a la persona gestante de las consecuencias médicas, biológicas y posibles riesgos de la transferencia de embriones humanos en el cuerpo de la persona gestante. Se deberán realizar entrevistas con el médico tratante para cerciorarse de la salud de la persona gestante.

⁵⁸ Archivo de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, op. cit., nota 5, p. 27.

El personal de la unidad de trabajo social del Hospital tratante y del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Gobierno del Distrito Federal, realizará una visita domiciliaria a la persona gestante para comprobar que su entorno familiar se encuentre libre de violencia y favorable para el adecuado desarrollo de la gestación.

La persona gestante no debe haber estado embarazada durante los 365 días previos a la transferencia de embriones humanos, y no podrá participar en más de dos ocasiones en la implantación. Además, le corresponden los derechos y la protección que establecen las leyes.

Una persona o pareja que desea tener un hijo por medio de la Gestación Subrogada deberá primero buscar a una mujer que desee prestar su útero, quien preferentemente deberá tener algún parentesco por consanguinidad, afinidad o civil con alguna de las personas solicitantes. De no ser posible, podrá participar cualquier persona con posibilidades de gestar de acuerdo con la Ley de Gestación Subrogada.

Las partes deberán acudir con un médico tratante quien deberá certificar, que: a. La persona o personas solicitantes y la persona gestante se encuentran plenamente convencidos de llevar a cabo el procedimiento para la Gestación Subrogada y recibido toda la información necesaria, y b. La persona gestante se encuentra en buen estado de salud física y mental.

Las personas solicitantes deberán acudir ante la Secretaría de Salud para manifestar su intención de llevar a cabo esta práctica.

La Secretaría deberá realizar una valoración sobre su estado psicológico para realizar un procedimiento de esta naturaleza, sin que esto intervenga en la toma de su decisión. La misma Secretaría deberá expedir una constancia, misma que deberá presentarse ante Notario Público donde las partes formalizarán su consentimiento mediante un Convenio para la Gestación Subrogada que la Consejería Jurídica y de Servicios Legales del Distrito Federal pondrá a disposición.

La persona o personas solicitantes y la persona gestante exhibirán ante el Notario Público la documentación necesaria para acreditar que cumplen con los siguientes requisitos: a. Poseer capacidad de ejercicio (no ser menor de edad ni persona incapaz); b. La persona gestante

otorgue su consentimiento libre e informado para que se lleve a cabo la transferencia del embrión o embriones humanos, y manifieste su obligación de procurar el adecuado desarrollo del embarazo una vez que se realice la implantación del embrión, y a concluir su relación subrogada, respecto al niño o niños nacidos y la persona o personas solicitantes con la terminación del embarazo, y c. La persona gestante cumpla con los requisitos de salud física y mental, tener un hogar libre de violencia y no haber estado embarazada durante los 365 días anteriores o haber participado en dos transferencias.

Una vez que el Notario compruebe que se han cumplido con estos requisitos, las partes deberán manifestar: 1. Que se interviene sin fines de lucro y se respetan la dignidad humana de las personas que sean parte de esta práctica y el interés superior del niño; 2. Que la persona o personas solicitantes se harán cargo de todos los gastos médicos que se generen a partir de la transferencia de embriones, hasta la total recuperación de la persona gestante certificada por el médico tratante, con independencia si se logra o no el nacimiento; 3. Que la persona gestante acepta que, una vez nacido el niño o niños, los lazos de filiación se generarán entre éste o éstos y la persona o personas solicitantes; 4. Que la persona gestante se obliga a entregar, a la persona o personas solicitantes al o los niños después del nacimiento, y de éstos a recibirlo o recibirlos, debiendo establecer el plazo para su cumplimiento; 5. Que se reconoce el derecho de la persona gestante a decidir respecto a la interrupción del embarazo en los términos que establece la legislación penal y sanitaria vigente en el Distrito Federal; 6. Podrán establecerse las cláusulas que consideren necesarias para asegurar el adecuado desarrollo del embarazo una vez que se confirme la implantación del embrión o embriones, 7. Además podrá establecerse la reparación del daño moral y, en su caso, una indemnización suficiente o el pago de daños y perjuicios, por el posible fallecimiento o incapacidad permanente de la persona gestante que se derive de ésta práctica, de acuerdo a las posibilidades económicas de las personas solicitantes.

El Convenio no podrá en ningún caso contravenir los derechos de las partes, mucho menos del niño o los niños. El Notario, ante quien se formalizará la subrogación, deberá revisar el Registro que para tales efectos llevará la Secretaría de Salud, para confirmar que la persona gestante efectivamente no ha participado en más de dos transferencias. Este Convenio, una vez que sea suscrito, deberá ser notificado por el Notario Público a la Secretaría de Salud

para que lo registre en la base de datos sobre la práctica de la Gestación Subrogada. Formalizado el Convenio, podrá realizarse la técnica de reproducción asistida que hayan elegido las partes o que recomiende el médico tratante.

Una vez verificado el nacimiento en el acta, las alusiones o referencias que hace la normatividad vigente en el Distrito Federal respecto al certificado de nacimiento y relativas a la madre o a su identidad, se entenderán referidas a la persona o personas solicitantes, en su caso.

El parentesco y filiación entre el o los niños nacidos por Gestación Subrogada y la persona o personas solicitantes de ésta práctica será por consanguinidad.

Este proyecto de Ley prevé causas de nulidad del Convenio, y recordando que sus disposiciones son imperativo atributivas, establece también responsabilidades y pago de daños y perjuicios, así como un régimen de sanciones por contravención a ésta y otras leyes aplicables.

Tal como se ha hecho evidente en lo resumido respecto al contenido del proyecto de Ley de Maternidad Subrogada, es posible apreciar que este constituye y representa un verdadero esfuerzo legislativo, dado que aborda de manera incluyente diversos supuestos y escenarios en los que puede presentarse la subrogación uterina, así como los elementos personales que pueden encontrarse inmersos en este proceso, aunque claro está, siempre habrá necesidad de modificarla, ampliarla y mejorarla en aras de contar con una efectiva regulación de la subrogación y al mismo tiempo brindar certeza jurídica para quienes se sometan a este proceso como una alternativa de vida, tal como lo hizo un par de cónyuges en el Estado de Quintana Roo.

Una mujer de nacionalidad argentina y un hombre mexicano, quienes viven en Cancún y durante el transcurso de su matrimonio (diez años) han procreado a tres hijos, uno de ellos, a través de una madre subrogada, pero para hacer posible este procedimiento fue necesario que viajaran al Estado de Tabasco.⁵⁹

⁵⁹ National Geographic, *Mi decisión, Alquiler de Vientres*, op. cit., nota 1.

Lo que impulsó a esta pareja a buscar a una madre sustituta fue la pérdida mortal de su segundo hijo, y al quedar dañados por esta situación, intentaron de manera natural y convencional buscar un nuevo hijo, pero no lo lograron, es así que su propio médico les sugirió la subrogación.

De manera que, en la búsqueda por una mujer que pudiera prestar su útero, encontraron a una mujer indígena de origen maya, esto gracias a la empleada doméstica de la pareja solicitante. El tipo de subrogación usado en este caso fue la gestacional, es decir, la pareja solicitante son los padres biológicos del menor concebido.

Una de las obligaciones que se le impusieron a la mujer indígena contratada fue la de vivir en el domicilio conyugal de la pareja, así podrían estos últimos verificar de manera presencial el óptimo desarrollo de su bebé en gestación. El bebé nació, fue entregado a sus padres y todas las fases del proceso de subrogación de llevaron a cabo de manera exitosa.

Durante una entrevista que se le realizó a los padres contratantes en este caso, se puede apreciar que ambos mantenía una relación bastante distante y fría con la mujer indígena contratada, de hecho, la mujer contratante menciona que se ocupaba de la contratada para lo más elemental, porque no se iba a acercar a ella como si fueran amigas, a abrazarla o darle un beso en su vientre.

A pesar de que en otro de los casos que se mencionó en este trabajo (Estados Unidos) todas las partes involucradas tuvieron una relación muy cercana, casi de amistad puesto que incluso se demostraban afecto a través de evidencias fotográficas o de video, tal vez porque en este caso (Estados Unidos) la madre contratada era una mujer norteamericana, blanca y de clase media, y no una mujer indígena, ignorante y quien vivía en condiciones de pobreza extrema.

Era tal el grado de ignorancia de la mujer indígena contratada, que, al nacer el niño, pidió que se lo mostraran porque pensaba que el menor podía parecerse a ella, situación que no era posible, puesto que quienes habían proporcionado el material genético para la concepción fueron los padres solicitantes. El pago que entregaron los solicitantes a la mujer indígena en calidad de contraprestación, fue el suficiente para que ésta pudiera poner un negocio modesto y así recuperar a sus hijos y mantenerlos, puesto que estos se encontraban

en casa de un pariente ante la imposibilidad económica de la mujer contratada de poderlos alimentar y proporcionarles los medios necesarios para su pleno desarrollo.

Es posible apreciar que, existe el riesgo latente de que, casos como el expuesto anteriormente, lleguen en convertirse en la oportunidad perfecta para hacer posible la subrogación uterina a través del abuso y explotación de mujeres en estado de necesidad, quienes, ante una situación vulnerable en el aspecto económico, social, intelectual o cualquier otro que las sitúe en un plano de clara inferioridad y desventaja frente a los solicitantes o contratantes, accedan a someterse al proceso de la subrogación sometiendo su voluntad y su proceder ante los caprichos de los contratantes.

Supuestos como este y algunos otros, forman parte de la problemática jurídica propia de la subrogación uterina, misma que será atendida en las líneas siguientes.

4.2 PROBLEMÁTICA JURÍDICA

En nuestro país, México, la figura de la subrogación uterina se ha enfrentado a obstáculos e impedimentos que atienden en muchas ocasiones a criterios no solamente legales, sino también éticos y morales, mismos que han servido para nutrir o enriquecer razonamientos en el ámbito jurídico y que, por esta misma razón, han llegado a convertirse en un bloqueo para el desarrollo de la práctica de la subrogación uterina, surgiendo al mismo tiempo, fuertes detractores de esta figura, sobre todo respecto a puntos delicados, como sería el considerar a la subrogación uterina como una oportunidad de vender al propio cuerpo humano o comerciar con niños.

Dentro de los problemas que han envuelto a la figura de la subrogación uterina a lo largo de su desarrollo en México, se tienen a los siguientes:

4.2.1 Validez del contrato. De acuerdo con lo establecido por el artículo 327 de la Ley General de Salud, el cuerpo no puede ser objeto de contrato, aunado a que prohíbe el comercio de órganos, tejidos y células. Sumado a lo anterior, el Código Civil del Distrito Federal determina que tanto la patria potestad y la filiación no puede ser materia de

convenio entre las partes. Luego entonces, habrá una gran dificultad para reconocerle validez jurídica al contrato de subrogación uterina.

4.2.2 Figura de derecho público o privado. El Código Civil del Distrito Federal, en su artículo 138 ter establece que “Las disposiciones que se refieren a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad”. El mismo cuerpo legal, en el artículo 338 indica que “La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros”. El contenido de unas cláusulas contractuales y el propósito de las mismas no deben quebrantar a las normas legales ya que en su respeto se sustenta el orden jurídico y la paz social; por ello, un contrato que contradice lo establecido en las leyes no habrá de tener validez, será nulo.⁶⁰

4.2.3 Interés superior del menor. Los menores nacidos a través del procedimiento de subrogación uterina reciben los efectos de la práctica de la misma, por ende, su protección ha sido considerada como un interés superior más allá de la esfera privada. Al ser la gestación subrogada un acto que tiene su origen en la voluntad de las partes, el mismo acto conlleva un incremento del sentido de responsabilidad de los solicitantes deseosos de convertirse en padres.

Sin embargo, esto no siempre sucede así, puesto que se han reportado casos de rechazo a los niños cuando éstos han presentado alguna enfermedad grave o malformación o cuando han ocurrido nacimientos múltiples, quedándose con uno sólo de los bebés, generando graves daños psicológicos para los menores rechazados, vulnerando de esta manera el interés superior del niño.

⁶⁰ Brena Sesma, Ingrid, “La Gestación Subrogada ¿Una nueva figura del Derecho de Familia?”, *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, México, 2012, p. 146.

4.2.4 Venta de niños. En el escenario de la subrogación tradicional, puede llegar a pensarse que se está realizando una verdadera venta. Fernando Alarcón sostiene que: *“si una mujer se compromete a entregar a su hijo biológico en virtud de un negocio jurídico de maternidad por sustitución, pero además ese producto lleva su información genética ya que también es productora del óvulo fecundado, su acto no es cosa distinta a la trata de un ser humano”*.⁶¹

Además, el artículo 169 del Código Penal del Distrito Federal sanciona con cárcel y multa “al que con el consentimiento de un ascendiente que ejerza la patria potestad o de quien tenga a su cargo la custodia de un menor, aunque ésta no haya sido declarada, lo entregue ilegalmente a un tercero para su custodia definitiva a cambio de un beneficio económico, se le impondrán de dos a nueve años de prisión y de doscientos a quinientos días de multa”.⁶²

4.2.5 Registro de los menores y su estado civil. El acta de nacimiento es el documento oficial que sirve para establecer la filiación respecto a la madre y al padre y de la que resulta la relación de parentesco con todo el grupo familiar para constituir el estado civil del niño que nace. Las constancias del Registro Civil son la única forma de acreditar el estado civil de las personas, del que emanan derechos y obligaciones, mismos que no se encuentran sujetos a la voluntad de los particulares.

Es así que los padres solicitantes o contratantes del procedimiento de la subrogación uterina no pueden cambiar la filiación; la edad, o el nombre del menor a través de una figura contractual. Estos cambios sólo pueden llevarse a cabo a través de una sentencia judicial de reconocimiento, desconocimiento o adopción, respetando siempre las reglas de orden público.

4.2.6 Filiación. La relación que existe entre un padre y una madre con su hijo es considerada como la más estrecha que existe entre las personas, puesto que serán estos primeros los que deberán proteger, formar y garantizar que ese bebé llegue a la edad adulta

⁶¹ Brena Sesma, Ingrid, op. cit., nota 60, p. 145.

⁶² Código Penal para el Distrito Federal, op. cit., nota 57.

con capacidad para desenvolverse en el mundo. El Código Civil del Distrito Federal señala que la filiación materna reposa sobre el principio de que madre es quién da a luz. Por otra parte, la filiación paterna se establece con base en las presunciones legales creadas ante la imposibilidad de determinar con certeza cuál fue la relación sexual generadora de la concepción. Si se presentara el caso de que la gestante estuviere casada, conforme a las presunciones legales, se atribuirá la paternidad a su cónyuge y aun cuando éste negara ser el padre, será necesario tramitar un juicio especial para romper la presunción.

4.2.7 Reconocimiento. Una forma de establecer la filiación entre los padres contratantes o solicitantes y el niño, podría ser el reconocimiento que hagan estos respecto del menor. Sin embargo, la figura del reconocimiento se aplica sólo a los hijos nacidos fuera de matrimonio. Se tendría entonces la necesidad de reformar el contenido del Código Civil respecto al reconocimiento de hijos y a la filiación, de manera que los padres biológicos, casados o no, puedan reconocer al menor con base en un documento oficial, aceptado previamente por la ley para demostrar el trato lícito de una gestación subrogada.

4.2.8 Adopción. Esta noble figura podría ostentarse como otra de las posibles soluciones para establecer la filiación entre los solicitantes y su hijo. La adopción es una institución jurídica, por medio de la cual una o dos personas establecen un lazo de filiación con un menor que no es su hijo, con el objeto de proporcionar al adoptado un hogar alternativo cuando el suyo no les ofrece el bienestar mínimo que merecen.

Pero, tramitar una adopción respecto al propio hijo es un acto simulado y, por tanto, ilegítimo. La Doctora Ingrid Brena señala que el derecho no debe propiciar actos simulados cuando existe la posibilidad de remediar las situaciones a través de una regulación adecuada, aunado a que la figura de la adopción para el caso de la subrogación uterina, arrastraría otro tipo de problemas, como sería que los padres contratantes o solicitantes colmen plenamente con los requisitos que la ley establece para los adoptantes.

4.2.9 Parentesco. La procreación origina una relación biológica entre los progenitores y sus descendientes. A estas relaciones, el derecho las toma en cuenta para crear un vínculo jurídico denominado parentesco. En el caso de la gestación subrogada o subrogación gestacional, no existe un vínculo biológico entre la gestante y el niño, pero sí entre éste y quienes fungen como solicitantes o contratantes. El establecimiento del parentesco debe quedar claro, especialmente en los supuestos en que la subrogación se practique entre miembros de una misma familia. La Doctora Ingrid Brena Sesma sugiere que deberá evitarse que la línea de parentesco se trastoque, convirtiendo a una gestante en madre de su sobrino o de su nieto, y aun cuando se resuelva la situación legal, será conveniente prever los posibles conflictos psicológicos que estos cambios producirán en todo el entorno familiar.

CAPÍTULO 5: CONCLUSIONES. PROPUESTA

La subrogación uterina no es un tema reciente en nuestro país, es una realidad social desde hace ya varios años en México. Para nuestro desfortunio, la falta de legislación pertinente a este tema ha generado que muchas mujeres en edad reproductiva acepten ser gestantes, o por otro lado, externen su consentimiento al ceder su óvulo para la fertilización in vitro para posteriormente entregar a sus hijos a la pareja que se los pidió. Situaciones como está nos enfrentan de cara a esta realidad, a la que no podemos mostrarnos indiferentes, sino todo lo contrario, nosotros como sociedad debemos adaptarnos a los cambios, avances, evolución y demás mejoras que la ciencia y la tecnología aportan cada vez como mayor celeridad, especialmente hablando sobre temas de infertilidad, que es el problema que originó el nacimiento del proceso del cual trata este documento.

Otra realidad a la que nos enfrentamos son los diversos planteamientos y razonamientos provenientes de corrientes morales, éticas y religiosas, mismo que, en muchas ocasiones, han dado pie al surgimiento de los principales detractores de esta figura jurídica, de manera que, lo más sensato, sería establecer criterios que atendieran a la razón, la comprensión, el bienestar social, la felicidad y a un justo equilibrio, o al menos, a un escenario lo más parecido a esto, esperando que los consensos broten de la fuente de estos criterios.

Cuando una pareja o una persona en particular decide convertirse en padre o madre respectivamente, la decisión es una cuestión de carácter íntimo, pero esta decisión debe estar respaldada por la legislación adecuada y los medios necesarios para que las partes inmersas en dicha decisión tengan certeza y garantía en pro de suprimir cualquier tipo de abusos, confusiones o complicaciones.

La justificación del proceso de la subrogación uterina debe radicar en hacer efectivo el derecho a la reproducción garantizado en nuestra Carta Magna, en tanto y cuanto los solicitantes sean los que aporten sus propios gametos, y nunca cuando busquen obtener el hijo de una mujer ajena a ellos.

Teniendo en cuanto ya los aportes y los avances que se ven reflejados tanto en Estados Unidos como en los países de América Latina incluidos en este trabajo, resulta un tanto

complicado adoptar plenamente los preceptos, lineamientos o herramientas que a esos países les han sido útiles, en virtud que no podemos poner a México de frente a esos países sin encontrar marcadas diferencias, especialmente con Estados Unidos, en donde sus costumbres, sus forma de pensar, actuar, comportarse, sus valores y todo lo que refleja su sociedad distan bastante, en muchas ocasiones, de lo que se puede apreciar en la sociedad mexicana. Tal parece que, para Estados Unidos, la voluntad y deseos humanos, se posicionan por encima de cualquier precepto moral, ético o religioso, lo que importa es el hombre por el hombre, y satisfacer sus necesidades y garantizar el ejercicio de sus derechos, sin importar que en el camino, vulneren los derechos de terceros, como lo serían en este caso, los bebés en gestación, lo que no podría ocurrir a corto plazo en México, dadas las fuertes y arraigadas raíces religiosas que presenta la mayoría de su población.

En los casos de Argentina, Colombia y Perú, se encuentran mayores similitudes, siendo Perú el que muestra una mayor resistencia a los avances médicos y científicos relacionados con la subrogación uterina, atendiendo a preceptos morales y religiosos, y Argentina el que, de los tres, presentan mayores puntos de encuentro y coincidencia, debido a que en ambos se han presentado significativos esfuerzos legislativos que están prácticamente a un paso de concretarse, vislumbrándose ambos países como naciones que pueden llegar a evolucionar casi simultáneamente en la regulación de la subrogación uterina, dado la imperante necesidad de contar con la legislación oportuna y evitar situaciones irregulares. Si la subrogación se está presentando como una necesidad social, es vital regularla, puesto que prohibirla o restringirla, dará paso a mayores conflictos, abusos, irregularidades e ilegalidades dentro de los casos en los que se pretenda practicarla.

Muchas de las controversias que giran alrededor del contexto legal ya han sido resueltas por el propio texto del proyecto de Ley de Maternidad Subrogada en México, siendo uno de los puntos omitidos y que aún no cuenta con una solución el referente al acceso de las parejas del mismo sexo al procedimiento de la subrogación uterina, puesto que habría que estudiar los efectos que esta determinación pueda producir en la sociedad, en las propias parejas y en el menor gestado, aspecto que sería motivo de estudio en otro momento.

Iniciando la propuesta a este tema, se debe de ponderar que, la legislación que regule a la figura de la subrogación gestacional deberá contener dentro de sus disposiciones un

equilibrio entre los intereses tanto privados como públicos, es decir, que se garantice el derecho a la reproducción de los solicitantes a través de mecanismo y herramientas que permiten el ejercicio del derecho en cuestión y que, aunado a esto, prevalezca siempre y en todo momento los intereses del menor y de la familia como núcleo de nuestra sociedad, todo esto con miras a evitar abusos, confusiones, obstáculos o un total descontrol e ilegalidad.

Para efectos de contar con una figura funcional en la mayor medida posible, surge como primera propuesta la prohibición de la subrogación tradicional, a lo que comúnmente se le conoce como la maternidad subrogada, en virtud de que llevar a cabo este tipo de proceso, a diferencia de la subrogación gestacional o gestación subrogada, implicaría un mayor riesgo para los solicitantes de que el proceso no llegue a concluirse de manera satisfactoria, puesto que se encuentran inmersos un mayor conflicto de intereses, es decir, si la mujer contratada es además la mujer que aportó el óvulo para llevar a cabo la fecundación, habrá una mayor posibilidad que tanto durante la gestación como después del alumbramiento, la mujer contratada sienta un apego mucho mayor en relación al bebé en gestación, surjan sentimientos de afecto y de pertenencia, dado que el bebé gestado es su hijo biológico, su verdadero hijo, con el que compartirá rasgos similares, derivados del vínculo genético entre madre e hijo.

Es con base en lo anterior que se puede considerar al proyecto de ley de subrogación uterina como un verdadero e importante esfuerzo legislativo, puesto que, para evitar la situación explicada en el párrafo anterior, prevé como única posibilidad de someterse a la subrogación uterina, a la subrogación gestacional o gestación subrogada, en cuyo escenario, los solicitantes o contratantes son aquellos que aportan el material genético para la fecundación, tanto el gameto femenino como el masculino, es decir, son los verdaderos padres biológicos del bebé en gestación.

Otra de los aspectos que debe contener la ley, es el hecho de abundar un tanto más en relación a los requisitos para la mujer gestante, como por ejemplo, el rango de edad en la que se debe encontrar la mujer gestante para poder someterse al procedimiento de subrogación, puesto que, si nos enfocamos en que el actual proyecto de ley señala que se preferirá a una pariente cercana a los solicitantes como mujer gestante, sería demasiado

riesgoso para la vida de ésta y del bebé en gestación que la mujer se encontrara en una edad no prudente o apropiada para la gestación, tal podría ser el caso de que una mujer mayor quisiera gestar un bebé para su hijo o hija, supuesto que sería uno de los más comunes en la práctica dado el vínculo de cercanía; relación de parentesco; de afecto, etc.

Sería conveniente también que dentro del texto de la ley, se enlistaran de manera enunciativa, más no limitativa o exhaustiva, las patologías que imposibilitan que los solicitantes puedan procrear un hijo de manera natural o convencional y que los ha motivado a someterse a la subrogación, esto con el ánimo de brindar mayor claridad y evitar ambigüedades.

Un aspecto para el cual el proyecto de ley aporta ya una solución, es el supuesto de la muerte; separación o divorcio entre los solicitantes, conflicto para cuya solución, la ley prevé que es el juez de lo familiar la autoridad competente, y será él mismo quien dará preferencia a la mujer gestante en relación al destino final del bebé en gestación ante este conflicto, situación que resulta contradictoria con el resto del contenido de la ley, en la que se señala que la mujer gestante será un mero instrumento para la gestación, sin que se le tengan reconocidos ningún derecho sobre el menor, mucho menos que sea a ella a quien pueda adjudicársele la maternidad del bebé.

Lo más conveniente en estos casos sería apearse a lo que el propio Código Civil tiene ya establecido para solucionar la situación de los menores hijos frente a sus padres en caso de divorcio o muerte, relativas a los temas de patria potestad y guarda y custodia, todo esto en virtud de que el bebé en gestación en el proceso de subrogación, es su verdadero hijo, tomando en cuenta el vínculo genético que los une entre sí.

Una aportación final respecto a este controvertido tema se refiere al hecho de encuadrar a la subrogación uterina dentro de un contrato privado, a lo que se puede decir que no sería del todo prudente plasmar a la subrogación en el marco de un contrato, sino que, tomando en consideración el interés superior del niño y el interés público en las relaciones familiares, lo más apropiado sería llevar a cabo una reforma sustancial del derecho familiar, creando al mismo tiempo una nueva institución del derecho de familia que se encuentre relacionada y

en equilibrio con las disposiciones de otros cuerpos normativos relacionados con este tema, como las referentes en materia de salud y en materia penal.

Una institución sui generis que brindara verdadera certeza jurídica a todos los que se encuentran involucrados tanto directa como indirectamente, es decir, bebé en gestación, solicitantes; mujer gestante; cónyuge de la gestante; hijos de la gestante, etc., sumando a esto que, la creación de esa nueva institución, mitigaría significativamente la controversia que gira en torno a este tema, respecto a las corrientes éticas y morales sobre la venta de niños y el turismo de bebés a través de los contratos de subrogación.

La nueva institución sui generis deberá de adoptarse como el conjunto de disposiciones, lineamientos y parámetros de derecho familiar que regulan al supuesto específico de la subrogación uterina, en la que se tiene, por un lado, una mujer con capacidad reproductiva y deseos de lograr su descendencia, pero que se encuentra imposibilitada física y médicamente para llevar a cabo una gestación de manera óptima; por otro, a una mujer con plena capacidad gestacional para llevar a término un embarazo y dar a luz a un niño, quien actúa por motivos meramente altruistas y que recibe una compensación, y finalmente, a un menor que nacerá, cuyo interés ha sido considerado como superior, precepto que tendrá supremacía frente a cualquier otro si se desea llevar a cabo el proceso de la subrogación.

Debe quedar claro que, el respeto de los derechos esenciales de las partes involucradas en el proceso de subrogación, deben estar garantizados dentro del marco de ley, aunado a que será el legislador a través de la misma quien debe ponderar los derechos que prevalecerán en circunstancias específicas. Es con lo anterior, que se puede aseverar que únicamente con la intervención de la autoridad se podrá garantizar la protección integral de la figura, cuyos efectos se producen dentro de su grupo familiar durante toda la vida del bebé esperado.

MESOGRAFÍA

FUENTES PRIMARIAS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Revisada y actualizada por Miguel Carbonell, México, Porrúa, 2009.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado el 7 de noviembre de 2013, de <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/>

Código Civil para el Distrito Federal, Revisión y comentario al divorcio de Gabino Trejo Guerrero, México, Sista, 2010.

Código Civil para el Distrito Federal. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado el 7 de noviembre de 2013, de <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/10/343/default.htm?s=>

Código Penal para el Distrito Federal: comentado y anotado, Quijada, Rodrigo, México, Ángel Editor, 2007.

Código Penal para el Distrito Federal. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado el 7 de noviembre de 2013, de <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/10/349/default.htm?s=>

Código Civil para el Estado de Tabasco. Recuperado el 7 de noviembre de 2013, de <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/28/1140/default.htm?s=>

Ley General de Salud, Sista, México, Distrito Federal, 2012.

Ley General de Salud. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado el 7 de noviembre de 2013, de <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/193/default.htm?s=>

FUENTES SECUNDARIAS

Aguilar Gómez, Emilio José, *Contrato de Arrendamiento del Vientre de la Mujer Una mirada de la Norma Constitucional Colombiana*, 1a. ed., Colombia, Universidad Libre Sede Cartagena, 2010, pp. 22-56

Arámbula Reyes, Alma, *Maternidad Subrogada*, Centro de Documentación, Información y Análisis Dirección de Servicios de Investigación y Análisis Subdirección de Política Exterior, México, 2008, pp. 10-116

Brena Sesma, Ingrid, V Congreso Latinoamericano y I Congreso Centroamericano (2010), "Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos". Ciudad de Guatemala, pp. 1-4

Jiménez Domínguez, Diógenes, *Legalización de la Contratación de Alquiler de Vientre con Subrogación Materna en el Perú*, Perú, Facultad de Derecho y Ciencia Política Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote, 2010, pp. 344-356

La Biblia Latinoamericana, Génesis cap. 18 vers. 11, edición revisada 2005, Ecuador, Ed. Verbo Divino, 2005, p.11

Rodríguez López, Dina, “Nuevas Técnicas de Reproducción Humana. El Útero como Objeto de Contrato”, *Revista de Derecho Privado del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, num, 11, México, 2011.

Rodríguez Yong, Carlos A y Martínez Muñoz, Karol Ximena, “El Contrato de Maternidad Subrogada: La experiencia Estadounidense”, *Revista de Derecho*, Colombia, vol. XXV N°2, 2012, pp. 59-81

Tello, Lorena Sofia, *Maternidad Subrogada, su reconocimiento extraterritorial, un nuevo paradigma*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Nacional de la Plata, Argentina, 2009, pp. 10-35

FUENTES DE INTERNET

All About Surrogacy, Surrogacy Laws by State. Recuperado el 1 de agosto de 2013, de <http://www.allaboutsurgacy.com/surrogacylaws.htm>

Araya, Hildara. Maternidad Subrogada: Consideraciones Legales. Recuperado el 1 de octubre de 2013, de <http://embarazoyparto.about.com/od/QuedarEnEmbarazo/a/Maternidad-Subrogada-Consideraciones-Legales.htm>

Araya, Hildara. Maternidad Subrogada: costo y los requisitos para dar un vientre en alquiler. Recuperado el 1 de octubre de 2013, de <http://embarazoyparto.about.com/od/QuedarEnEmbarazo/a/Maternidad-Subrogada-Costo-Y-Los-Requisitos-Para-Dar-Un-Vientre-En-Alquiler.htm>

Archivo de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Dictamen de las Comisiones Unidas de Salud y Asistencia Social y de Equidad y Género de la iniciativa de decreto que expide la ley de Maternidad subrogada del distrito federal. Recuperado el 30 de octubre de 2013, de <http://www.aldf.gob.mx/archivo-fdf9ce4828184d7d3ab9690807dfb1ad.pdf>

Arteta Acosta, Cindy. (2011, 28 de febrero). Maternidad Subrogada. *Revista Ciencias Médicas Universidad de Cartagena Colombia*, 7. Recuperado el 30 de septiembre de 2013, de http://www.revista.spotmediav.com/pdf/2-1/12_MATERNIDAD_SUBROGADA.pdf

Brena Sesma, Ingrid, "La Gestación Subrogada ¿Una nueva figura del Derecho de Familia?", *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, México, 2012, pp. 139-161

Brena Sesma, Ingrid, "La Maternidad Subrogada ¿Es suficiente la legislación civil vigente para regularla?", *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, México, 2012, pp. 141-157

Brena Sesma, Ingrid. Maternidad Subrogada. Recuperado el 28 de agosto de 2013 del sitio web de la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo: http://www.uaeh.edu.mx/campus/icsa/noticias/2/docs/2013/maternidad_subrogada.pdf

Center for Surrogate Parenting, Inc. Recuperado el 10 de octubre de 2013, de <http://www.creandofamilias.com/legales.htm>

Centro de Fertilidad Humana en México. Recuperado el 10 de octubre de 2013, de <http://www.centrodefertilidad.com/index.php/informacion-a-pacientes/tratamientos>

Diario El Comercio. (17 de noviembre, 2012). El primer caso de vientre de alquiler fue resuelto por el Poder Judicial. Recuperado el 1 de octubre de 2013, de <http://elcomercio.pe/actualidad/1497716/noticia-primer-caso-vientre-alquiler-fue-resuelto-poder-judicial>

Diccionario de la lengua española, Real Academia Española. Recuperado el 7 de octubre de 2013, de <http://lema.rae.es/drae/?val=subrogar>

Fertility and IVF Center of Miami. Maternidad Subrogada: Una guía para pacientes. Recuperado el 1 de octubre de 2013, de <http://www.drfernandoakerman.com/es/drakerman-madressustitutas/files/madre%20sustituta.pdf>

Instituto Nacional de Estadística y Geografía. Recuperado el 10 de octubre de 2013, de http://www.inegi.org.mx/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/integracion/sociodemografico/religion/Div_rel.pdf

Johnson Lewis, Jone. Baby M, Surrogate Motherhood Case. Recuperado el 10 de octubre de 2013, de http://womenshistory.about.com/od/motherhood/a/baby_m.htm

Law Cases and Case Briefs for Students. In Re Baby M. Recuperado el 10 de mayo de 2013, de <http://www.casebriefs.com/blog/law/family-law/family-law-keyed-to-weisberg/adoption-and-alternatives-to-adoption/in-re-baby-m/>

Maternidad Subrogada en Rusia y en el Mundo. Recuperado el 10 de octubre de 2013, de <http://www.surrogacy.ru/index-esp.php>

Mir Candal, Leila. (2010). La Maternidad Intervenida, Reflexiones en torno a la Maternidad Subrogada. Recuperado el 15 de septiembre de 2013, de http://www.unesco.org.uy/ci/fileadmin/shs/redbioetica/revista_1/Leila.pdf

Montenegro González, Sadara. La Maternidad Subrogada y el Derecho de Procreación. Recuperado de http://www.lmt.mx/publicaciones_es/Maternidad_Pandecta.pdf

National Geographic, Mi decisión, Alquiler de Vientres. (s.f.) recuperado el 7 de octubre de 2013, de <https://www.youtube.com/watch?v=5TtXxbB5CGs>

National Geographic, Vientres en Alquiler. Recuperado el 7 de octubre de 2013, de <http://www.natgeo.tv/mx/especiales/vientres-en-alquiler>

Online Legal Tutorials and Case Briefs for Attorneys and Law Students. Johnson v. Calvert, Supreme Court of California 851 P. 2D 776 1993. Recuperado el 20 de octubre de 2013, de <https://www.quimbee.com/cases/johnson-v-calvert>

Sagrada Biblia. Recuperado el 7 de octubre de 2013, de http://www.biblia.catholic.net/home.php?id_lib2=0&palabra=abraham+y+sara&tipo=frase

Torres Ruiz, Gladis. (17 de febrero, 2009). Analiza ALDF proyecto de Ley sobre Maternidad Subrogada. CIMAC Noticias. Recuperado el 31 de octubre de 2013, de <http://www.cimacnoticias.com.mx/node/45801>

Un Hijo es Posible, Primer sitio sobre alquiler de vientres para América Latina. Recuperado el 1 de agosto de 2013, de <http://www.unhijosposible.com/index.php>

University of Miami, School of Law. Westlaw, for educational use only. Johnson v. Calvert, Cal., 1993. Recuperado el 20 de octubre de 2013, de <http://faculty.law.miami.edu/zfenton/documents/Johnsonv.Calvert.pdf>

Vivir México. Ley de Gestación Subrogada para el 2012: ¿Compromiso del PRD?. Recuperado de <http://vivirmexico.com/2012/01/ley-de-gestacion-subrogada-para-el-2012-compromiso-del-prd>