

## MATERNIDAD SUBROGADA ¿UN NUEVO OFICIO DEL SIGLO XXI?

Not. Fernando Antonio CÁRDENAS GONZÁLEZ<sup>1</sup>

### I. PÓRTICO

Hoy por hoy la ciencia contemporánea ha hecho posible la reproducción humana asistida, ya sea a través del sistema de inseminación artificial, o bien, por el método de la fecundación *in vitro* y transferencia de embriones.

Esta ciencia y técnicas médicas han sido recibidas de buena manera por la sociedad porque ayudan a la especie humana en la tarea de la reproducción cuando enfrenta problemas de esterilidad, tanto femenina, masculina o mixta que impiden lograr un embarazo normal o natural, pues con ellas se da solución hasta a un 90% de los casos.

La esterilidad humana constituye un problema de salud pública mundial. Cifras de la Organización Mundial de la Salud ubican a más de ochenta millones de personas con este padecimiento. En México, según el Instituto Nacional de Estadística y Geografía existen un millón y medio de parejas en esas circunstancias.

Cuando se pensaba que todo estaba dicho sobre el tema, la reproducción humana asistida vuelve a colocarse en la palestra de los debates para analizar la legal y moral posibilidad de la fecundación *in vitro* y transferencia embrional en el seno de una mujer que no es el de la madre biológica, es decir, la maternidad subrogada, o dicho de manera despectiva: *La maternidad de alquiler*.

---

<sup>1</sup> Notario en la ciudad de Torreón, Coahuila.

El problema no es científico, el tema se centra en la ética, en la moral fundamental y en la moral de la persona cuyos conceptos deben ser recogidos por el orden legal, pues estamos en presencia de una caja de Pandora y en un escenario claroscuro en donde, por una parte se puede coadyuvar a garantizar lo que pudiéramos llamar el derecho del ser humano para transmitir la vida con responsabilidad a través de un proceso médico reproductivo lo más humano posible y, por la otra, no se puede soslayar el impacto psicológico y los efectos colaterales que pueden presentarse entre las personas participantes en el mismo.

Sin embargo, no puede pasarse por alto que la figura central en este tema es el embrión, por lo que debe respetarse su estatuto ético y legal, por ejemplo, la selección de embriones, su conservación y destrucción, su manipulación con fines experimentales o terapéuticos, lo referente a la eugenesia, su reducción en el útero materno, el derecho a la vida desde sus fases primarias, como conocer, una vez que nazca vivo y viable, su herencia genética y, desde luego, atender la posible problemática en torno a la familia y las relaciones paterno-maternas-filiales.

El implante de un embrión en el seno de una mujer diferente a la madre biológica ha ocasionado múltiples opiniones públicas generalmente negativas cuando la maternidad subrogada se vuelve retributiva, pero dichas opiniones se muestran más tolerantes cuando la misma se practica de manera altruista y, principalmente, en el seno de la propia familia.

Nos encontramos con un tema intenso que tendrá opiniones a favor y en contra, es multifactorial con un fuerte impacto en materias como la medicina, bioética, filosofía, ética, teología, moral, sociología, derecho, economía, entre otras disciplinas.

En México existen legislaciones locales que de manera incipiente y aislada tocan el tema, pero en estos momentos se vuelve más interesante por el proceso legislativo que se está llevando a cabo en el Distrito Federal y en el Estado de Tabasco para reglamentar al respecto.

## II. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Como lo señalamos, la esterilidad puede ser de origen femenina, masculina, o bien, mixta. Consiste en la incapacidad definitiva o irrevocable para concebir y las causas que la originan son múltiples tomando en cuenta si se trata de la mujer, el hombre o como pareja.

Cuando los tratamientos contra la esterilidad resultan ineficaces se puede recurrir a la inseminación artificial, o bien, a la fecundación *in vitro* y transferencia embrional.

**a. Inseminación artificial.** Tiene lugar cuando el encuentro de los gametos y, por lo tanto, la formación del cigoto se dan en el interior del aparato reproductivo femenino.

La fecundación puede realizarse con el semen del varón, esto es, del cónyuge de la mujer que es fecundada, o bien, con el semen de un donante ajeno a la pareja. También la fecundación puede practicarse en mujeres que no tengan ningún vínculo matrimonial o sentimental.

Hay quienes critican el término *fecundación artificial* y proponen el de *inseminación artificial*. A esta técnica también se le conoce con los nombres de: *in vivo* o *intracorpórea*.

Este sistema tiene su origen remoto en 1776 cuando Spallanzani estudió el efecto de la congelación sobre los espermatozoides, pero su historia reciente la ubicamos en el año de 1953 cuando se dan a conocer por primera vez inseminaciones artificiales con semen congelado.

**b. Fecundación *in vitro*.** Se logra en laboratorio y, con las condiciones adecuadas, se ponen en contacto uno o varios óvulos con espermatozoides para fertilizar cuando menos uno y lograr, posteriormente, el desarrollo del embrión —FIV— abreviatura que significa fecundación *in vitro*.

Conseguida la fecundación *in vitro* y, en un momento óptimo, se procede al traslado de tres embriones al interior del útero de la mujer —TE— abreviatura de transferencia de embriones.

Este conjunto de procedimientos médicos se conoce como sistema FIVTE que es la abreviatura de: fecundación *in vitro* con transferencia de embriones al útero de la mujer. *In vitro* significa que se realiza en un cristal; se hace referencia a una técnica de laboratorio, a diferencia de *in vivo* que define lo que sucede en el organismo humano. También se le conoce como fecundación extracorpórea y en lenguaje coloquial: *niños de probeta*. Con este método, el primer desarrollo de la célula germinal se logra fuera del seno materno.

Este sistema de fecundación se aplica, generalmente, cuando la mujer es estéril —tubárica, implantatoria, gastadora, entre otros padecimientos—, puede practicarse con el óvulo de la propia mujer para ser fecundado con el semen de su marido, o bien, con

el semen de un donante ajeno a ellos. También con el óvulo y el semen de una mujer y un hombre ajenos a la relación para, posteriormente, colocar el embrión en el útero o seno de la mujer.

Este sistema de fecundación *in vitro* es prácticamente reciente en la medicina y data del año 1950. Posteriormente, en 1978 nace en un hospital público de Inglaterra la primera niña del mundo concebida bajo este sistema y que lleva el nombre de Louise J. Brown.

No obstante lo expuesto en este apartado, debemos advertir que sobre el tema de la esterilidad no todo está escrito y que faltan todavía muchas páginas por escribir y, quizá, la última respuesta a esta realidad será la clonación, es decir, la procreación esencialmente asexual.

### III. MATERNIDAD SUBROGADA

La fecundación *in vitro* con transferencia de embriones adquiere otra dimensión cuando existe una mujer que presta su matriz para que se lleve a cabo la gestación y el nacimiento de un embrión que no es de ella y cuya relación se formaliza a través de un contrato que se conoce con el nombre de: *contrato de alquiler de útero*.

La opinión pública se ha manifestado en contra de este tipo de prácticas cuando existe una retribución económica entre la madre gestante y la madre biológica. Sin embargo, la opinión cambia cuando no existe esa retribución y se practica de manera altruista y dentro del propio seno familiar, es decir, entre la madre gestante y la madre biológica si existe un vínculo de parentesco, el cual se fortalece con la solidaridad derivada de la sangre superando así los problemas de infertilidad de la familia.

Conforme a nuestro derecho, la madre legal del niño es la gestante, esto es, la maternidad se determina por parto, por lo que de regularse la maternidad subrogada el legislador deberá considerar, entre otros muchos aspectos, las relaciones materno-paterno-filiales del embrión con quienes participan en este proceso y precisar con claridad que la madre gestante no tendrá ningún vínculo de filiación con el hijo.

De igual manera deberá considerarse la selección del sexo, si habrá o no remuneración, lo referente al contrato que no deberá quedar a la libre autonomía de la voluntad de las partes, los requisitos de legitimación y ante quién debe expresarse el consentimiento.

Un punto importante será reflexionar sobre el derecho de no discriminación y decidir si se concede o no el acceso a esta figura

a todas las personas sin importar su sexo y preferencias sexuales; si se exige como requisito estar unidos como pareja a través de una relación jurídica, o bien, si se restringe sólo para las parejas que no tengan otra alternativa de procreación o prohibirla cuando la gestación se convenga a favor de terceros. Todo lo anterior, sin pasar inadvertidos aspectos médicos, hospitalarios, sanitarios, psicológicos, éticos, morales, ideológicos y sociales.

Sin duda, la autoridad correspondiente deberá estar presente antes, durante y después del proceso de maternidad subrogada para salvaguardar los delicados intereses que implica la materia y, particularmente, el principio conocido como: “El hijo es un valor en sí y no un bien útil”.

En una vida líquida y volátil como en la que vivimos que genera una cultura social e individual del consumismo, materialismo, narcisismo y, desde luego, la de desechar lo obtenido o elegido para repetir nuevamente el ciclo, poco interesa tomar en cuenta los valores éticos, sino tan sólo satisfacer al máximo las preferencias individuales inmediatas de quienes se benefician con este sistema económico, por lo que la maternidad subrogada puede desvincularse de su esencia que es la de concederle al ser humano el derecho a la procreación garantizándole la expresión de su dignidad humana y personalidad para pasar a convertirse en un instrumento perverso que responda a intereses económicos y caprichos personales, como pueden ser el cuidar la estética física de la madre biológica, o bien, no alterar su desarrollo y crecimiento laboral, potenciar el rendimiento del tiempo en actividades ajenas a la maternidad y crianza natural, así como recurrir a esta figura para evitar problemas legales y patrimoniales derivados de desavenencias conyugales hoy tan comunes, tales como: demandas de alimentos, custodia y convivencia entre el menor y los progenitores, entre otras, que en muchos de los casos se practican para chantajear y obtener beneficios económicos.

#### IV. DERECHO COMPARADO Y DERECHO MEXICANO

La maternidad subrogada sin fines económicos se regula, de manera general, en los países de Australia, Alemania, Noruega, Suecia y Francia. Y sin expresar si es o no con fines económicos o altruistas, en las legislaciones de Kazajistán, Rusia, República de Sudáfrica y Ucrania.

Canadá la regula siempre y cuando las parejas no tengan otra opción de procreación y previa autorización de un juez. España

también la contempla en su legislación, pero la prohíbe cuando se pacta a favor de terceros. En el Derecho Norteamericano también se aplica y existen precedentes judiciales al respecto.

En México, sobre el tema destacamos las disposiciones siguientes:

### **Tabasco:**

El Código Civil para el Estado de Tabasco se refiere a la maternidad subrogada en su artículo 92 cuyo texto dice:

**Artículo 92.** Deber de reconocer al hijo tanto la madre como el padre, que no estuvieren casados entre sí, tienen el deber de reconocer a su hijo; pero si no cumplen con este deber voluntariamente, no se asentará en el acta de nacimiento el nombre de los mismos y simplemente, se anotará la hora, día, mes año y lugar del nacimiento, así como el nombre propio y apellidos que se pongan a la persona cuyo nacimiento sea registrado. Si el padre o la madre o ambos piden por sí o por apoderado que en el acta de nacimiento se asiente su nombre, se hará constar éste y se mencionará en su caso la petición que en este sentido hagan el padre, la madre, o ambos, o el apoderado. Cuando el hijo sea presentado por uno de los progenitores, se asentará únicamente el nombre del que lo presente.

En el acta de nacimiento no se hará ninguna mención que califique la filiación en forma alguna. Las palabras “hijo legítimo”, “hijo natural”, “hijo ilegítimo”, “hijo de padres desconocidos”, “hijo de padre desconocido”, “hijo de madre desconocida”, o “habido como consecuencia de cualquier método de reproducción humana artificial”, que se inserten con infracción de este artículo, se testarán de oficio, de manera que queden ilegibles. El Oficial del Registro Civil que inserte en el acta alguna de estas menciones será sancionado, la primera vez con una multa por el equivalente a quince días de salario mínimo general vigente en la Entidad y la segunda con destitución del cargo. La investigación de la paternidad y de la maternidad está permitida en los términos establecidos por este Código.

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

Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la

madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso.

Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustituta, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su esposo, el Oficial del Registro Civil no podrá asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, excepto que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare.

### **Distrito Federal:**

Del Código civil para el Distrito Federal merecen especial interés cuatro disposiciones que dicen:

**Artículo 162.** Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.

**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.**

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

**También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora.** Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida.

En el caso de la adopción, se equipará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo.

**Artículo 326.** El cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos alegando adulterio de la madre aunque ésta declare que no son hijos de su cónyuge, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que no tuvo relaciones sexuales dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento.

**Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas**



**de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos.**

**Artículo 329.** Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse, de conformidad con lo previsto en este Código, en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación; pero esta acción no prosperará, si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge.

### **Coahuila:**

El Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza prohíbe la maternidad subrogada en la disposición 491 que reza:

**Artículo 491.** El contrato de maternidad subrogada es inexistente y por lo mismo no producirá efecto legal alguno.

Si un óvulo fecundado fuese implantado en una mujer de quien no proviniera el material genético, la maternidad se atribuirá a ésta y no a quien lo aportó.

### **San Luis Potosí:**

El Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí se refiere al tema en dos disposiciones que indican:

**Artículo. 1160.** Son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte de la o el autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, conforme a lo dispuesto en el artículo 180 del Código Familiar para el Estado.

Para los efectos de este artículo se consideran concebidos durante el matrimonio los **embriones procreados por voluntad de la pareja con fines de reproducción asistida, estándose a lo dispuesto por el artículo 1474 de este Código.**

**Artículo 1474.** Cuando a la muerte del marido la viuda crea haber quedado embarazada, lo pondrá en conocimiento de la autoridad judicial que conozca de la sucesión, dentro del término de cuarenta días, para que lo notifique a los que tengan derecho a la herencia, o un derecho de tal naturaleza que deba desaparecer o disminuir por el nacimiento del póstumo.

**Igual procedimiento se seguirá en el caso de existencia de embriones fecundados in vitro por voluntad de las o los cónyuges, y no gestados a la muerte del padre.**

**Se podrá implantar embriones con material genético del padre después de su muerte; sin embargo, no se le podrá atribuir**



buir la paternidad a éste de no hacerlo dentro del término a que se refiere al artículo 240 del Código Familiar para el Estado.

Podemos apreciar que los ordenamientos legales citados apenas nos entregan algunos trazos legislativos con relación al tema, los cuales resultan insuficientes para regular una materia tan compleja. Sin embargo, para reglamentar puntualmente la maternidad subrogada se requiere una ley especial, tal y como se está proponiendo en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y en el Congreso del Estado de Tabasco y que, de aprobarse los proyectos respectivos, llevarán el nombre de: Ley de Maternidad Subrogada.

No obstante la insuficiente legislación en el Estado de Tabasco, los contratos de maternidad subrogada se celebran y, ante esta ausencia de reglamentación precisa, se convierten en carta abierta para pactar todo lo que se desee por los interesados sin la intervención adecuada de la autoridad y apartándose de muchos de los derechos que tutelan el interés superior del infante. Esta práctica está gestando en esa entidad un *turismo legal* en estos asuntos.

## V. REFLEXIONES FINALES

La descendencia, los hijos, constituyen una esperanza y son un vínculo importante; la posibilidad de transmitir la vida es uno de los mayores valores de la humanidad y garantizan al ser humano la expresión de su dignidad y personalidad por lo que podemos hablar del derecho humano a la procreación con responsabilidad atendiendo al principio de que *el hijo es un valor en sí y no un bien útil*, por lo tanto, la ciencia y la técnica médicas que ayuden a la especie humana en la tarea de la reproducción cuando enfrenta problemas de esterilidad serán bienvenidas, siempre y cuando la técnica no ponga en riesgo a la misma especie humana, porque ciencia para beneficio del hombre es positiva, en cambio, ciencia por ciencia sí daña al hombre.

La regulación de la maternidad subrogada es un tema complejo que se ubica más en el campo de la ética, la moral fundamental y la moral personal que en la propia ciencia, por lo que un proceso legislativo debe realizarse con prudencia, pulcritud y tomando en cuenta la democracia actual y el pluralismo social que exigen incluir los valores morales de la sociedad sobre el tema a fin de regularla o rechazarla y, de aceptarla, hacer el esfuerzo de crear un sistema ético mínimo y legal que garantice la dignidad humana en este

proceso y regular, humanamente, el estatuto ético y legal del embrión bajo el principio de que *el hijo es un valor en sí y no un bien útil*, porque si bien es cierto que la ética se integra por valores atemporales, la moral, no. La moral no es eterna y, por lo tanto, los juicios de valor se transforman, pues el bien de hoy pudo haber sido el mal de ayer, así como el mal de hoy puede ser el bien de mañana o viceversa. El pluralismo y la diversidad social que vivimos entregan un mosaico cultural y moral de lo más diverso.

Sin embargo, somos conscientes que los principios éticos poco interesan a un sistema como el que vivimos y este tipo de debates, donde hay divergencia de criterios, generalmente, a través de una campaña publicitaria orientada, los gana la fuerza del capital y no olvidemos que el tema tiene un filón económico: la industria médica.

Finalmente, como puede usted apreciar, amable lector, el tema que hemos esbozado en líneas anteriores merece opiniones encontradas y esto se debe a la diversidad y pluralidad democrática que vivimos como sociedad global y, precisamente por existir opiniones en favor y en contra, como es costumbre del autor, hemos decidido finalizar este texto con dos breves reflexiones al respecto y que deseo sean de su agrado.

### *El Dinero o el Don de la Vida*

Amigos, cada día crece nuestro asombro por las disposiciones de las leyes de los diferentes países del orbe. Hoy podemos decir que con la aprobación de la ley de rentar la bendita cámara de vida que es la bolsa materna, se hacen añicos tantos pensamientos llenos de honor y nos preguntamos ¿Pudo más el dinero que el sople divino de ser madre?

Quizá dentro del negro papel que le toque desempeñar a quien alquile sus órganos se encuentre una sola razón que puede ser la contraparte de esta práctica y que es el regalar un ser a quien no tiene la capacidad para dar vida a uno propio.

### *El Cuestionamiento. Pudo Más el Amor*

La mujer puede facilitar su organismo para dar vida a un embrión y es a criterio de ella si lo hace o no por retribución económica, ¿cuáles serán las consecuencias psicológicas en el fruto y en la madre misma?

Habrá que recordar el sinfín de acciones de sacrificio escritos a las madres “una madre por sus hijos es capaz de todas las proezas” ¡Se habrá terminado este bendito amor?

Ya el cine universal abordó el tema en “El bebé de Rosemary” donde se pone a prueba el amor maternal, aquella secta utilizaba el vientre de la joven para traer al mundo a un incubo y nació, pero con toda la ternura la madre meció la cuna arrullando con un dulce canto a su fruto, ¡pudo más el amor de madre que el mismo demonio!

Hasta la próxima...