

*El debate de la regulación de la maternidad subrogada en México**

HARUMI FERNANDA CARRANZA MAGALLANES**

En su más reciente obra, *Regulación de la maternidad subrogada y las técnicas de reproducción asistida en México*, Lucerito Ludmila Flores Salgado nos ofrece un análisis profundo del bien jurídico más tutelado por el derecho: la vida. Estudia el origen de la vida por medio de las *técnicas de reproducción asistida*, así como la viabilidad de la regulación de la *maternidad subrogada*.

Articulado en cuatro capítulos, es un libro de ágil lectura y de fácil comprensión, que constituye un gran avance en la comprensión de este tema en el contexto legal de nuestro país. Su contenido nos ofrece una mirada profesional, al tiempo que brinda respuestas a preguntas del tipo: ¿cómo poner al día la ciencia jurídica en este mundo socialmente complejo?, ¿todo lo técnicamente posible es ético y jurídicamente correcto?, ¿es posible que una madre renuncie a los derechos filiales de la criatura nacida?, ¿podrá un tribunal resolver estos conflictos?, entre muchas otras. Su tratamiento jurídico-doctrinario completa lagunas importantes respecto a la definición de la maternidad subrogada y las diferentes técnicas de reproducción asistida.

Esta obra pone de relieve necesidades jurídicas que se contraponen con la costumbre, la ética y la moral; explica que el “reto es que el derecho pueda ir a la par con los avances médico-tecnológicos y regular específicamente las situaciones jurídicas derivadas de todas las prácticas en materia de biogenética y *técnicas de reproducción asistida*”. Es sabido que la legislación atiende temas como nacimiento, crecimiento, su reproducción y muerte, algunos de estos específicamente legislados, por lo que es realmente necesario estudiar la relevancia del tema y su intromisión en la legislación poblana.

*Flores Salgado, Lucerito Ludmila. *Regulación de la maternidad subrogada y las técnicas de reproducción asistida en México*, México, Piso 15, 2016.

** Estudiante de la Maestría en Derecho Civil y Mercantil en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México. (harumi_cm10@hotmail.com),

El primer capítulo aborda los antecedentes del embrión y conceptualiza la esterilidad e infertilidad como las principales causas para encaminar a los investigadores médicos al estudio de la reproducción asistida, para determinar cada una de las técnicas: inseminación artificial, fecundación *in vitro* y maternidad por sustitución. La autora analiza el impacto de estas técnicas en el Derecho.

En el segundo capítulo analiza la maternidad por sustitución como base para nuevos conceptos en el Derecho Civil y en el Derecho de Familia, tomando en consideración la práctica de maternidad por sustitución desarrollada por María Cárcaba Fernández, quien expresa la siguiente premisa: “Inseminación Artificial (IA), o Fecundación *in vitro* (FIV), tiene como consecuencia la maternidad por sustitución y se deben considerar tópicos de carácter civil como reconocimiento de hijos, filiación, sucesiones, ejercicio de la patria potestad, alimentos, etcétera”.

La base de la maternidad sustituta es el avance científico-tecnológico; además, trata varios aspectos de carácter ético, filosófico, religioso, tecnológico y jurídico. El primer aspecto habla de la evolución del concepto de *madre*, que rompe su tradicional definición, ya que podemos estar ante la premisa de tres tipos de madre: ovárica o genética, madre donadora de óvulos y madre que alumbra o uterina. A partir esto es oportuno preguntarse: ¿Es posible que una madre renuncie a los derechos filiales de la criatura nacida?

La autora nos presenta uno de los casos más famosos, ocurrido en 1985, denominado Caso de Baby M. El 6 de febrero de tal año se celebró un contrato de maternidad subrogada donde la parte contratada (madre sustituta) fue inseminada artificialmente con el semen del señor Stern; procreó una niña que nació el 26 de marzo de 1986. La controversia legal se suscitó cuando el tribunal inferior resolvió, el 31 de mayo 1987, que el contrato era válido, lo que benefició al padre biológico. Sin embargo, la madre sustituta presentó una apelación ante el Tribunal Supremo del Estado de New Jersey, que revocó unánimemente casi en su totalidad la decisión del tribunal inferior. En consecuencia, declaró que la madre subrogada (biológica y gestante) era la madre legal de la criatura.

La presente obra plantea el debate de hasta qué punto se le exige a la madre sustituta que se deje inseminar con semen de un varón que no sea su cónyuge; además, si es posible coaccionar a la madre para entregar al hijo gestado, renunciando a la patria potestad en favor de la pareja contratante.

Otro tema interesante es si la mujer, en el transcurso del embarazo, decidiera abortar, someterse a exámenes médicos, abstenerse de fumar, ingerir bebidas alcohólicas o hasta qué punto puede recurrir ante los tribunales para denunciar o demandar el incumplimiento de alguno de los acuerdos.

El último punto obedece a la necesidad de hacer una regulación específica en el Código Civil federal, dentro del área familiar, ya que existen agencias especializadas que cuentan con personal médico, psicológico y jurídico que presentan un catálogo de mujeres que, por una remuneración económica considerable, proceden a embarazarse, considerando que las parejas tienen un nivel económico alto. Estas agencias presentan a los interesados, formalizan los contratos y vigilan el cumplimiento, aunque la autora expresa que esto se ha rechazado legalmente en los Estados Unidos y en diversos países europeos. Por ello, al tratarse de un interés público, se requiere de un marco normativo complejo que lo contemple.

Jurídicamente existen numerales como el 162 y 293 del Código Civil para el Distrito Federal, que establecen 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” (numeral 162). El 293 reza que: “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”. Dichos numerales son un gran avance del legislador hacia la vanguardia jurídica; sin embargo, la autora considera que no se trata de manera amplia lo que implican dichos métodos, los efectos jurídicos que causan ni su reglamentación específica.

Dicho lo anterior, la autora nos invita a analizar la licitud del objeto del contrato, y si la criatura que nace de este procedimiento puede ser objeto de donación, compraventa, adopción o arrendamiento. Su trabajo menciona cuáles son los elementos del contrato, es decir: sujeto, objeto, consentimiento, causa y forma. Asimismo, define el tipo de contrato que mejor encuadra en los casos de maternidad subrogada; primero, sería “un contrato oneroso aleatorio, dado que la prestación que contrata una pareja es la de tener un hijo en un vientre ajeno, por lo que dependerá de que aún y cuando el avance de la ciencia ha tenido en cuanto al manejo genético para poder determinar un

embarazo sano, se debe considerar que es un acontecimiento incierto, cuya ganancia será evaluada hasta que dicho acontecimiento se realice”.

De igual forma, deja claro que este tipo de contrato es atípico, ya que es necesario conocer, en primer término, cómo va a ser su regulación, tomando en consideración la regulación de la voluntad de las partes expresada en el contrato. A partir del uso de la facultad que les confiera la ley, se considerarán los principios generales de las obligaciones, además de tener en cuenta los usos y costumbres, específicamente las figuras comerciales donde ocupan un lugar preponderante.

No obstante su licitud, dicho contrato trae consigo problemas en cuanto a su regulación jurídica en el ámbito de la maternidad por sustitución; no sólo se derivan problemas jurídicos que se relacionan con la patria potestad, la adopción, el reconocimiento del hijo y los derechos de padre y madre, sino también se suscitan situaciones que podrían alterar todas las vías de parentesco.

En el capítulo tercero encontraremos los aspectos éticos y morales de la maternidad por sustitución, para comprender que la libertad de tener hijos se encuentra plasmada en el artículo 4 constitucional, y establece que “toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada el número y esparcimiento de sus hijos”.

Paralelamente, la autora analiza el tema desde la dimensión de la Bioética, como una filosofía contemporánea, considerando la destrucción de preembriones sobrantes para la realización de los diferentes tipos de técnicas de reproducción asistida, donde se asume que son seres humanos. Asimismo, atiende la perspectiva internacional y la opinión religiosa sobre esta materia. Al respecto, considera que “el avance científico-tecnológico no sólo ha rebasado las legislaciones regionales de cada Estado-Nación, sino incluso ha sobrepasado el derecho internacional, dando lugar a lagunas o a lo que algunos autores denominan ‘áreas oscuras’”. Al parecer, es ahí donde el Derecho deberá ejercer su papel regulador y dar respuestas de los problemas sin resolver, ya sea por las legislaciones nacionales o las internacionales.

La autora refiere que la biotecnología ha sido uno de los más grandes impactos que ha traído la globalización neoliberal, lo que se refleja en la organización de nuestra vida y nuestra cultura. Se trata, como sabemos, de una sociedad pseudo industrial basada en el avance tecnológico y en la globalización de capital.

En el capítulo cuarto la autora analiza las relaciones jurídicas que se desprenden de la maternidad por sustitución, así como las leyes nacionales e internacionales que consideran dichas técnicas, y culmina con su propuesta de reforma o adición al Código Civil del Estado de Puebla.

Así mismo, se habla del futuro de la adopción ante las *técnicas de reproducción asistida*, donde advierte que se pone en peligro la figura de la adopción, una institución jurídica amenazada por su posible desaparición, ya que es menos complicado realizar cualquier tipo de procedimiento mencionado supra, que la adopción de un menor. Explica que dichas técnicas, al no estar específicamente establecidas en la legislación civil, tal parece, suplen la tramitología de la noble institución que es la adopción.

La autora establece que “agilizar el procedimiento de adopción en Puebla evitaría todos los problemas que surgen de las formas de *fertilización asistida*, *maternidad sustituta*, *inseminación*, *clonación*, así como previniendo abortos innecesarios que ponen en riesgo la vida de la madre y de la criatura”.

Por otro lado, insiste en la necesidad de reformar el Código Civil del Estado de Puebla en materia familiar, “ya que existe el conocimiento de la controversia suscitada entre mujeres por el convenio que existe por parte de una de gestar a favor de otra un niño, con la condición de que cuando nazca renunciará a todos los derechos sobre el menor”.

Los dos supuestos para realizar la maternidad por sustitución son: a) fecundación *in vitro* con semen de su compañero o cónyuge, y b) trasplante de un embrión creado *in vitro* con los gametos de la pareja que convino ella. La autora considera que estas dos hipótesis suscitan una serie de problemas que deben considerarse por el Código Civil referido, en el apartado de filiación, maternidad y paternidad. Además, el convenio será nulo porque va en contra del orden público. La filiación del niño deberá determinarse por el parto, con la finalidad de salvaguardar el concepto clásico recogido por la ley.

En conclusión, el libro *Regulación de la maternidad subrogada y las técnicas de reproducción asistida en México* es una obra clave para entender un problema ético, social y, por supuesto, jurídico que afecta no sólo a la madre, ya sea genética, donadora de óvulos o gestacional, sino también a los menores. Relevante, digerible y altamente recomendable, con aportaciones teóricas, prácticas y legales.