

ASPECTOS LEGALES Y ÉTICOS DE LA MATERNIDAD GESTANTE

Irene LÓPEZ FAUGIER*

SI PARTIMOS de que gramaticalmente el vocablo “gestar” significa: “Llevar o sustentar la madre en sus entrañas el fruto vivo de la concepción hasta el momento del parto”, deducimos, entonces, que el nombre correcto del método de reproducción asistida, cuya técnica médica consiste en implantar en el útero de una mujer, un embrión para su desarrollo, debiendo ella llevarlo en su seno durante toda la duración del embarazo hasta el parto, es el de maternidad gestante.

Cabe destacar que la maternidad gestante se encuentra comprendida dentro de los métodos de reproducción asistida, porque se trata de la técnica de inseminación extracorpórea o extrauterina mediante la cual se realiza la unión de un óvulo y un espermatozoide en una placa de laboratorio, con el objeto de obtener el embrión, que posteriormente será implantado en el útero de una mujer ajena a quienes hicieron las aportaciones genéticas, es decir, una madre gestante.

Desde el punto de vista médico, este método de reproducción asistida puede presentarse en dos casos, el primero de ellos se actualiza cuando el miembro femenino de una pareja, sin ser estéril está imposibilitada biológicamente para sobrellevar el embarazo, requiriendo la fecundación in vitro en una madre gestante, a quien se implanta en su útero el embrión obtenido de las aportaciones genéticas de la pareja, para llevar a cabo el embarazo y dar a luz un descendiente en beneficio de la misma.

El segundo caso se denomina inseminación artificial en madre gestante y tiene lugar cuando la madre gestante es inseminada con el espermatozoide del miembro varón de la pareja, sobrelleva el embarazo y da a luz un descendiente en beneficio de la misma. En este caso, la mujer inseminada es gé-

* Profesora de la Facultad de Derecho de la UNAM.

ticamente la madre del nacido, pues es ella quien aporta el óvulo, en virtud de la esterilidad del miembro femenino de la pareja.

En realidad, este segundo supuesto no puede ser considerado una maternidad por sustitución, porque la madre gestante coincide con la madre genética. En cambio, en el primer caso, sí existe una disociación voluntaria entre la madre biológica y la gestante, que es lo característico en la hipótesis de la maternidad gestante.

Precisamente, por los diversos casos en los cuales se puede aplicar esta técnica producto del avance de la ciencia, es que existe hoy en día una gran discusión. Primero, con relación a su permisión en el ámbito del Derecho, y segundo, respecto a los supuestos en los cuales los sistemas jurídicos podrían excepcionalmente, permitir su práctica a las personas infecundas que desean tener descendencia, fuera del proceso natural mediante este procedimiento médico.

Ambos aspectos son sin duda muy discutibles, dado que generan importantes consecuencias jurídicas, en materia contractual, en el área del derecho penal, en relevantes instituciones del derecho de familia como son la filiación y el parentesco, y especialmente tienen un impacto trascendente desde el punto de vista ético.

En mi particular visión, considero que aún cuando la maternidad gestante no está explícitamente prohibida en el Código Civil para el Distrito Federal, tampoco se puede admitir su práctica de acuerdo con el contexto general de nuestro sistema jurídico, pues este tipo de negocios, pactos o acuerdos que se celebran en otros países como Estados Unidos y Francia, son para quien esto escribe muy criticables.

El motivo de esta consideración se debe a que la implementación de la maternidad gestante opera bajo un sistema de contratos, mediante los cuales una pareja (o una persona soltera) contrata con una mujer, para que a título oneroso, le sea implantado en la matriz el embrión obtenido de las aportaciones genéticas de esa pareja (o como ya decía, puede coincidir que la madre gestante también sea quien aporte el óvulo para la obtención del embrión, posteriormente implantado) y lo desarrolle hasta su nacimiento, para *a posteriori* una vez nacido, lo entregue a la pareja o persona soltera solicitante.

E igualmente, no se debe perder de vista que en esta relación contractual generada, tanto la madre como el embrión primero y más tarde el menor, reciben indefectiblemente el trato de cosas. Así, la madre gestante es vista

de esta forma, a través de la prestación de su útero; el embrión aportado por la pareja o el resultante de la inseminación artificial, realizada con las aportaciones genéticas de la madre gestante y el miembro varón de la pareja o de un tercero, es otro objeto; y finalmente el menor, no es más que la cosa debida, es decir, el objeto del contrato.

Ante estas reflexiones, es evidente que en nuestra legislación un contrato relativo a la maternidad gestante, no podría tener efectos jurídicos, e incluso sería nulo absolutamente. Primero, porque con fundamento en el artículo 1794 fracción II del Código Civil para el Distrito Federal, la existencia de todo contrato requiere que su objeto pueda ser materia del mismo y en el caso de la maternidad gestante, el objeto del contrato es una persona, es decir, el menor que debe ser entregado, lo cual evidentemente no puede actualizarse, pues las personas son sujetos no objetos de los contratos. Más aún, cuando los artículos 1824 y 1825 de ese mismo ordenamiento legal, relativos a la cosa objeto de los contratos, excluyen como posibilidad de ello al ser humano.

En segundo lugar, cabe destacar que en este tipo de contratos se comercializa con el útero de la madre gestante, lo cual se encuentra prohibido con fundamento en el artículo 327 de la Ley General de Salud, que establece a la letra:

Está prohibido el comercio de órganos, tejidos y células. La donación de éstos con fines de trasplantes, se regirá por principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad, por lo que su obtención y utilización serán estrictamente a título gratuito.

E igualmente, con fundamento en el artículo 22 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, ya que dicho precepto prohíbe cualquier acto de comercio de órganos desprendidos o seccionados por intervención quirúrgica, accidente o hecho ilícito. Entonces, además de estar frente a la violación de normas de orden público, también resulta que otro de los objetos del contrato como es el útero materno, tampoco puede ser objeto del mismo, pues de acuerdo con el artículo 1825 del Código Civil para el Distrito Federal, la cosa objeto del contrato debe estar en el comercio.

En tercer lugar, y precisamente porque los contratos relativos a la maternidad gestante son contrarios a los artículos 1794 fracción II, 1824, 1825 del Código Civil para el Distrito Federal, 327 de la Ley General de Salud, y

22 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, se consideran ilícitos en términos del artículo 1830 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual dispone: “Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres”.

Ante estas circunstancias, como el objeto es ilícito, los contratos de este tipo son nulos, tal como lo establece el artículo 2225 del Código Civil para el Distrito Federal, al señalar: “La ilicitud en el objeto, el fin o la condición del acto produce su nulidad...” Y en este caso se trata de nulidad absoluta, porque dicha nulidad reposa sobre el supuesto de la violación de reglas de orden público y aunque el contrato produciría provisionalmente sus efectos, hasta en tanto no se pronunciara la nulidad judicialmente, la misma no desaparecería por la confirmación del contrato.

Pero además de que el contrato sería nulo absolutamente, existe otra situación que conforme a nuestro Derecho sería intolerable en condiciones normales, e incluso daría lugar a la actualización de una conducta delictiva. Me refiero al derecho de la madre gestante para concebir un descendiente y luego entregarlo a otra persona, pues normalmente cualquier persona en ese supuesto sería objeto de una imputación penal, tal como lo determina el artículo 156 del Código Penal para el Distrito Federal, el cual dispone a la letra:

Al que abandone a una persona incapaz de valerse por sí misma teniendo la obligación de cuidarla, se le impondrán de tres meses a tres años de prisión, si no resultare lesión o daño alguno. Además, si el activo fuese ascendiente o tutor del ofendido, se le privará de la patria potestad o de la tutela.

Atendiendo a este precepto, una madre no podría dar a luz un descendiente y luego abandonarlo o entregarlo, pues estaría cometiendo el delito de abandono de persona, aunque de ese abandono no resultara un daño para el menor. En este caso, además de las penas privativas de libertad previstas, se le sanciona con la pérdida de la patria potestad.

De igual forma, interesa destacar que los contratos de maternidad gestante configuran otros hechos delictivos, al tener dentro de su objeto la comercialización tanto del útero de la madre como del feto, tal como lo dispone el artículo 462 fracción II de la Ley General de Salud, al siguiente tenor:

Se impondrán de seis a diecisiete años de prisión y multa por el equivalente de ocho mil a diecisiete mil días de salario mínimo general vigente en la zona

económica de que se trate: II. Al que comercie o realice actos de simulación jurídica que tengan por objeto la intermediación onerosa de órganos, tejidos incluyendo la sangre, cadáveres, fetos o restos de seres humanos.

En otro orden de ideas, con relación al impacto de la maternidad gestante en instituciones del Derecho familiar, como la filiación y el parentesco, cabe destacar que lo más relevante en estas instituciones será la imputación de la maternidad, pues debe precisarse si dicha imputación del nexo materno filial se hará privilegiando el nexo biológico o el nexo biosíquico del embarazo con la madre gestante, es decir, el vínculo de gestación.

En los países donde se permite la práctica de la maternidad gestante, se privilegia el nexo biológico, sin considerar también la importancia de los nexos biosíquicos creados entre el menor y la madre gestante durante los nueve meses del embarazo, ya que si bien, los códigos genéticos del menor son determinantes, también su futura personalidad está vinculada a la salud física y psicológica de la madre durante la gestación, influyendo por ejemplo, la buena alimentación y los trastornos emocionales de la gestante.

Aunado a los graves aspectos contractual, penal y familiar señalados, existen importantes razones de tipo ético en contra de la maternidad gestante, por la reflexión casi generalizada de que dicha técnica médica de procreación fuera del proceso natural atenta contra la dignidad de la persona, pues el descendiente no puede ser considerado una mercancía, ni ser objeto de comercio ni de contrato alguno, al tratarse de un ser humano.

Y en cuanto a la madre, se considera que constituye una distorsión deshumanizadora de la maternidad y promueve una nueva forma de manipulación del cuerpo femenino, porque la disponibilidad del derecho subjetivo de ser madre dentro de las relaciones jurídicas familiares, impide contrato o transacción en esta materia, y al ser un acto *intuite personae* debe ser indelegable.

De hecho, desde 1983 el Comité de Ética del Colegio Real de Obstetras y Ginecólogos del Reino Unido, se opuso a la práctica de estos métodos, argumentando los serios trastornos emocionales que pueden sufrir las mujeres sujetas a los mismos, al no poder predecirse de antemano sus actitudes respecto a los descendientes alumbrados por ellas, e independientemente de cualquier sentimiento estar vinculadas a entregarlos.

Por ese motivo, el Consejo de Europa considera que en principio la maternidad gestante debe prohibirse, pero en el caso de insistir en su práctica, sólo podría permitirse en dos supuestos. El primero, cuando se realice sobre

una base exclusivamente benévola y en segundo lugar, cuando la madre gestante tuviese la opción de quedarse con el menor una vez nacido éste, si así lo deseara. Dentro de este esquema, es lógica la prohibición absoluta de establecer cualquier acuerdo según el cual, la madre gestante se comprometa a renunciar al menor alumbrado por ella.