


## Maternidad subrogada en México

### *Surrogate Motherhood in Mexico*

Garza-Guerra, María Taide 

Universidad autónoma de Tamaulipas, Mexico, mgarza7424@gmail.com

#### Resumen

El avance tecnológico de la técnica de reproducción asistida, llamada maternidad subrogada trae consigo consecuencias jurídicas que ha superado a la institución de la familia. Es una práctica que tiene la posibilidad al menos en México de realizarse de manera ilegal en la mayor parte del país, de ahí se derivan muchas consecuencias que deben ser identificadas y analizadas a fin de lograr una correcta normatividad desde todas las perspectivas.

El objetivo de la investigación, es centrar cuál es el estado actual de la legislación nacional que solo existe en dos estados de la Federación que la aceptan, los cuales son: Tabasco y Sinaloa.

Cabe señalar que quedan muchas omisiones que actúan en perjuicio de todas las partes involucradas, principalmente de la persona concebida. En la sociedad es posible que se esté dando esta práctica al existir lagunas en la normatividad, lo cual constituye una imperiosa necesidad de regular; es importante recordar que el derecho debe de estar de la mano con los cambios que se presentan en la sociedad, en ese orden de ideas queda claro que es indispensable respetar los derechos inherentes a la familia, a las madres, los padres, la persona concebida o el embrión, según sea el caso.

#### Abstract

*The technological advance of the assisted reproduction technique, called surrogacy, brings with it legal consequences that have exceeded the institution of the family. It is a practice that has the possibility, at least in Mexico, of being carried out illegally in most of the country, hence many consequences that must be identified and analyzed in order to achieve correct regulations from all perspectives.*

*The objective of the investigation is to focus on the current state of the national legislation that only exists in two states of the Federation that accept it, which are: Tabasco and Sinaloa.*

*It should be noted that there are many omissions that act to the detriment of all the parties involved, mainly the person conceived. In society it is possible that this practice is taking place due to the existence of gaps in the regulations, which constitutes a latent need to regulate; It is important to remember that the right must go hand in hand with the changes that occur in society, in that order of ideas it is clear that it is essential to respect the rights inherent to the family, mothers, fathers, the conceived person or the embryo, as the case may be.*

#### Palabras clave

Maternidad subrogada, consecuencias jurídicas, derechos humanos, familia y sociedad.

#### Keywords

*Surrogacy, legal consequences, human rights, family and society.*

To cite this article: Garza-Guerra, María Taide. (2022). *Surrogate Motherhood in Mexico*. Ciencia, Técnica y Mainstreaming Social, (6), 27-32. Doi: <https://doi.org/10.4995/citecma.2022.16535>

Recibido: 25-10-2021

Aceptado: 04-02-2022

## Introducción

La maternidad subrogada es un tema que para adentrarse a su análisis se debe considerar en primer lugar que se está frente a la vida desde el momento de la concepción, los derechos inherentes a la mujer, el embarazo, la maternidad y la dignidad humana; los derechos antes señalados están relacionados con el derecho a la integridad personal y derecho al libre desarrollo de la persona desde una visión constitucional y su justificante para la instrumentalización de la persona humana rompiendo el paradigma Kantiano que prohíbe el utilizar a las personas.

El primer asunto público surgió en Estados Unidos de Norteamérica en 1976, llamado así caso “Baby M”, la relevancia del tema fue debido a que una mujer se comprometió a gestar un embrión ajeno, previo a la firma de un contrato con el objeto de ceder los derechos.

Sin embargo, en el momento de la entrega, se desarrolla el principal problema, la madre gestante se negó a ceder la custodia del recién nacido, lo que ocasionó que el asunto fuera decidido por la autoridad quien después de diversas apelaciones, como se resolvió que debía de entregarse la custodia al padre contratante (mismo que era el padre biológico); quien previamente la había registrado desde el nacimiento, sin embargo, se le concedió el permiso a la madre gestante de visitar a su hijo.

Es a raíz de este antecedente que surgen con posterioridad situaciones similares incluso en México, lo que conlleva a que se legisle en la materia para proteger los derechos de todas las personas involucradas.

## 1. Maternidad subrogada

La maternidad subrogada es un contrato a través de cual una mujer accede a gestar para una pareja o una persona que tiene la intención de convertirse en madre o padre de la niña o niño nacido de tal embarazo, a esta práctica también se le conoce como “renta de úteros”, gestación por contrato” o “alquiler de úteros” (SCJN,2021). En estas situaciones en la mayoría se usan los gametos de la madre y el padre interesados y/o de donantes, en otros contextos y regulaciones es posible que la mujer gestante aporte su material genético.

## 2. Los derechos sexuales y reproductivos de la mujer

Una de las principales definiciones en cuanto a los derechos reproductivos es la que se encuentra señalada por la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo cuyo texto fue aprobado el 13 de septiembre de 1994 en el Cairo, la cual determina que los derechos sexuales se basan en el reconocimiento de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el momento de tenerlos, y a disponer de la información y de los medios necesarios para ello, y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva del mismo modo incluye el derecho de todas las personas a adoptar decisiones en relación con la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia (ONU, 1994). Es por ello que se debe prestar plena atención a la promoción de relaciones de respeto mutuo e igualdad entre hombres y mujeres.

Se entiende entonces, que los derechos sexuales y reproductivos son parte del derecho a la salud, así como una serie de derechos fundamentales interrelacionados, porque estos derechos son otorgados a través de diversos instrumentos internacionales; sería conveniente el aclarar, que a pesar de que los mismos no hacen distinción entre el hombre y la mujer, en el caso de la maternidad subrogada, se debe principalmente contemplar los derechos inherentes a la mujer por ser ella la que tiene la capacidad biológica de procrear y sufre una afectación directa.

Es fundamental tener presente que estos derechos fundamentales son progresivos y a medida que surjan casos trascendentales se irán modificando las percepciones normativas como es el caso de la maternidad subrogada.

## 3. Marco normativo internacional

La Declaración Universal de Derechos Humanos, señala en el artículo 16, numeral 1, que los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio (ONU, 1948).

Declaración Universal de los Derechos Humanos (arts. 16 y 25), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 6), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 17), Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 17), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 1), Convención sobre la Eliminación de todas la Formas de Discriminación contra la Mujer (art.5), Carta Social Europea (art. 16) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo San Salvador” lo más importante es el contenido del artículo 15, relativo al Derecho a la Constitución y Protección de la Familia (Briseño M., 2018).

Instrumentos que señalan el reconocimiento del derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio, fundar una familia, las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en la Convención, así como la prohibición de que nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación, toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

#### 4. Marco normativo nacional

En el ámbito nacional los derechos sexuales y reproductivos son mencionados en el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual señala en un principio los derechos reproductivos en el párrafo segundo: “Esta protegerá (refiriéndose a la Ley) la organización y el desarrollo de la familia. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable, e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos” (CPEUM, 1917).

Es importante señalar que al hablar de libertades sexuales nos encontramos con una serie de estereotipos; es por eso que se debe señalar que la libertad sexual de las personas está íntimamente relacionada con el derecho a la vida privada, derecho a la integridad personal, derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la protección frente a la violencia.

#### 5. La maternidad subrogada en el Código Civil para el Estado de Tabasco

El capítulo VI bis, de la gestación asistida y subrogada, establece que se entiende por reproducción humana asistida, el conjunto de prácticas clínicas y biológicas para la creación de un nuevo ser humano, logrado mediante técnicas científicamente acreditadas y autorizadas por la legislación en materia de salud, realizadas con la intervención de personal de la salud, constituidas por métodos de fertilización de células germinales, gametos de uno o ambos sexos, además de la reproducción de cigotos y embriones, que permitan la procreación fuera del proceso biológico natural de la pareja infértil o estéril (H. Congreso del Estado Libre y Soberano de Tabasco, 1997).

Se permite a los cónyuges o concubinos la inseminación o fecundación homóloga y heteróloga. Se entiende por fecundación homóloga aquella en la que los gametos son aportados por ambos cónyuges o concubinos; y por fecundación heteróloga, aquella en que uno de los gametos es donado por un tercero y el otro gameto es aportado por uno de los cónyuges o concubinos.

Sólo será válido el consentimiento expresado en vida por algún cónyuge o por algún concubino, con las formalidades que el Código exige, para los efectos de que sus gametos puedan ser utilizados después de su muerte en un procedimiento de inseminación.

La gestación por contrato se efectuará a través de la práctica médica, mediante la cual una mujer gesta el producto fecundado por los padres contratantes, cuando la madre pactante padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero.

La gestación por contrato, admite las siguientes modalidades:

- Subrogada: implica que la gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos y que, después del parto, entregue el recién nacido a la madre contratante mediante adopción plena.
- Sustituta: implica que la gestante sea contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión obtenido por la fecundación de gametos de la pareja o persona contratante.

#### 6. La maternidad subrogada en el Código Familiar del Estado de Sinaloa

En el Estado de Sinaloa, la normativa en materia de maternidad subrogada es el Código Familiar del Estado, en el Capítulo V, de la reproducción humana asistida y la gestación subrogada, establece que, se entiende por reproducción humana asistida, las prácticas clínicas y biológicas, para la creación de un nuevo ser humano, logrado mediante el conjunto de técnicas científicamente acreditadas y autorizadas por la Secretaría de Salud, y realizadas con la intervención del personal de la salud, constituidas por métodos de fertilización de células germinales, gametos, de uno o ambos sexos; además de la reproducción de cigotos, y embriones, que permita la procreación fuera del proceso natural, de la pareja infértil o estéril (H. Congreso del Estado de Sinaloa, 2013).

Se permite a los cónyuges o concubinos la inseminación o fecundación homóloga y heteróloga. Se entiende por fecundación homóloga aquella en la que los gametos son aportados por ambos cónyuges o concubinos; y por fecundación heteróloga, aquella en que por lo menos uno de los gametos es donado por un tercero. Sólo será válido el consentimiento expresado en vida del disponente primario, con las formalidades que la Ley exige, para efectos de inseminación post mortem.

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

Pueden ser madres subrogadas gestantes, sólo las mujeres entre veinticinco y treinta y cinco años de edad que tienen, al menos, un hijo consanguíneo sano, una buena salud psicosomática y que han dado su consentimiento voluntario para prestar su vientre. La maternidad de sustitución, admite las siguientes modalidades:

- Subrogación total, implica que la mujer gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos, y que después de la gestación y el parto, entregue el hijo a la pareja o persona contratante.
- Subrogación parcial, es la que se da, cuando la gestadora es contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado in vitro que le ha sido trasplantado, pero que proviene de la unión de espermatozoide y óvulo de la pareja o persona contratante.
- Subrogación onerosa, es la que se da cuando una mujer acepta embarazarse en lugar de otra, tal y como si se tratase de un servicio, por el cual se paga una cantidad cierta y determinada, además de los gastos de la gestación.
- Subrogación altruista, es la que se da cuando una mujer acepta gestar por cuenta de otra de manera gratuita.

El Instrumento para la maternidad subrogada podrá ser suscrito por las partes, previo cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Ser ciudadano Mexicano.
- Poseer capacidad de goce y ejercicio.
- La madre subrogada acredite mediante certificado médico, expedido por el médico tratante, que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero (el médico tratante deberá extender y solicitar los certificados médicos que acrediten los supuestos correspondientes).
- La mujer gestante otorgue su aceptación pura y simple para que se lleve a cabo la implantación de la mórula, y acepte su obligación de procurar el, bienestar y el sano desarrollo del feto durante el período gestacional y a concluir su relación subrogada, respecto a la persona menor y los padres subrogados con el nacimiento.
- La mujer gestante cumpla con los requisitos que establece el Código.

En el caso de Entidades como Coahuila y Querétaro se han agregado artículos en los Códigos Civiles que prohíben explícitamente cualquier acuerdo de gestación subrogada, es decir, que no se podrá hacer válido ningún acuerdo de gestación subrogada, que no se podrá hacer válido ningún acuerdo o contrato de este tipo, en el resto del país la práctica permanece sin legislar.

## **7. Iniciativa con Proyecto de Decreto de la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal (en la actualidad Ciudad de México)**

En sesión ordinaria celebrada por la Asamblea Legislativa el día 26 de noviembre de 2009, se presentó iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal (en la actualidad Ciudad de México), la cual expuso la necesidad de brindar certeza jurídica y resolver el problema de la infertilidad como un asunto de salud pública, basándose en principios de autonomía, dignidad, universalidad e información. En 2010, la Ciudad de México la aprobó, sin embargo, no ha sido publicada y su contenido formalmente nunca entró en vigor, debido a la moción suspensiva que presentó el Jefe de Gobierno.

Esta ley establece, entre sus principales novedades, reglas para el contrato de maternidad subrogada (mismo que debía ser ante notario público), indemnizaciones en caso de muerte o riesgo de salud, sanciones en caso de incumplimiento de contrato, reglas para los embriones, y la madre biológica quien debe demostrar su infertilidad.

A nivel federal existen diversas propuestas de iniciativas que contienen modificaciones a la Ley General de Salud. Una de las iniciativas es el proyecto de decreto por el que se crea la Ley General de Reproducción Humana, que fue presentada en fecha enero del 2013, de igual forma se presentó un proyecto de Decreto por el que se reforman diversos artículos de la Ley General de Salud y la denominación del título décimo cuarto, presentada en noviembre 2012. En otra iniciativa se proponía reformar y adicionar diversas disposiciones de la Ley General de Salud en materia de Reproducción Humana médicamente asistida en marzo de 2013. Así mismo, en otra iniciativa con proyecto del Decreto por el que se derogan, adicionan y reforman diversos artículos de la Ley General de Salud, en materia de Reproducción Humana asistida en mayo del mismo año.

## 8. La postura de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

El día 06 junio de 2021 la SCJN avaló la gestación subrogada y eliminó las disposiciones de Tabasco que prohibían el acceso a parejas del mismo sexo y extranjeras, exhortó al Congreso del País para que regulen de manera urgente y prioritaria la materia de gestación por sustitución, esta regulación debe incluir la prohibición de la venta de menores de edad, aunque abrió la posibilidad de que las mujeres gestantes obtengan remuneración económica por su participación.

En ese sentido también se argumentó que la inseguridad jurídica en que se encuentra la maternidad subrogada lleva a su clandestinidad, así como al abuso de las mujeres contratadas por esta práctica y a dejar sin protección a las y los menores gestados. En cuanto a los requisitos que fueron eliminados de la legislación de Tabasco, destaca que en el contrato de subrogación dejará de estipularse que éste debe ser firmado por “el padre y la madre”, ya que resulta discriminatorio para parejas del mismo sexo o personas solteras.

La Suprema Corte estuvo llamada a resolver dos asuntos relativos a la regulación de Tabasco sobre el tema: la acción de inconstitucionalidad 16/2016 y el amparo en revisión 129/2019.

- Inconstitucionalidad del artículo 380 Bis del código civil para el estado de Tabasco, por incompetencia de la legislatura local para regular cuestiones de salubridad general, toda vez que regula cuestiones propias de esta materia, respecto de la cual el Congreso de la Unión tiene la facultad exclusiva aspectos técnicos del proceso de fertilización, la condición médica de aquellos que pueden acceder a esta práctica.
- Inconstitucionalidad del artículo 380 Bis, párrafo tercero, del código civil para el estado de Tabasco, por violación a los principios de seguridad y legalidad jurídica, por generar inseguridad jurídica consentimiento en vida para el uso de los gametos postmortem.
- Inconstitucionalidad del artículo 380 Bis 3, quinto párrafo, del código civil para el estado de Tabasco, por vulneración a los principios del interés superior del menor, legalidad y seguridad jurídica, regla para determinar la custodia del menor.
- Inconstitucionalidad del artículo 380 Bis 3, párrafos cuarto y sexto, del código civil para el estado de Tabasco, por contrariar el principio constitucional de igualdad de género, consentimiento del cónyuge o concubino de la persona gestante).
- Omisión legislativa relativa en ejercicio de una competencia potestativa, dado que, si bien el legislador local ejerció su facultad potestativa para legislar en materia de gestación subrogada, ello lo realizó de forma incompleta o deficiente.

Al respecto, los ministros del pleno determinaron que no corresponde al legislador local regular los aspectos técnicos del proceso de fertilización que implica la gestación subrogada, ni tampoco la condición médica de aquellos que pueden acceder a esta práctica.

En este sentido se especificó que lo que sí le corresponde a la legislación local, es definir las consecuencias civiles del contrato, se reconoció que el interés superior de la niñez juega un papel primordial en la gestación por sustitución, principio que exige que las decisiones que se adopten en torno a los derechos de las niñas y los niños busquen siempre su mayor beneficio, lo que no puede determinarse de manera abstracta, sino en función de las circunstancias que concurren en cada situación. Se declaró la invalidez de las porciones normativas que supeditaban el que las mujeres pudieran entrar a este tipo de contratos al conocimiento o firma de su cónyuge o concubino.

Esto, en tanto que las normas perpetuaban el estereotipo de que las mujeres no pueden ejercer su capacidad reproductiva de manera autónoma, provocando un efecto estigmatizante, al exigir una “autorización” de su pareja. Así, el pleno reconoció que la determinación de participar en un contrato de gestación subrogada corresponde a la mujer gestante.

## Conclusiones

La maternidad subrogada existe debido a diversos factores, entre estos: la infertilidad de las parejas y el desarrollo de técnicas de reproducción asistida. Bajo estas circunstancias, se podía también el auxiliar a las personas con ciertos problemas reproductivos. Con la evolución de la maternidad subrogada, la sociedad observó el problema del rompimiento materno afectivo, que generaba el separar a una madre de “su hijo”.

Estos casos de maternidad subrogada fueron un problema que no solo se discutieron y resolvieron en los juzgados (como el caso BABY M, que fue el primer caso documentado); este hecho fue muy particular, debido a la trascendencia, pues rompía todos los esquemas conocidos.

El realizar esas prácticas sin regulación ocasionó un choque entre la tecnología y el Derecho, debido a esos sucesos y al desarrollo de la ciencia que diversos países empezaron a regular sobre la materia, a través de diversos casos que impactaron varios sistemas normativos nacionales.

Ante el impacto que producían estos casos de maternidad subrogada en el mundo, surgía la creciente necesidad de regulación, por lo que un comité de médicos propuso las bases éticas para esta práctica médica.

En el informe Belmont, la Declaración de Helsinki (así como en otros instrumentos internacionales) se determinó que estas prácticas si podían llevarse a cabo, siempre y cuando respetaran algunos elementos fundamentales sobre la dignidad de las personas involucradas; estos principios éticos sobre la práctica médica que marcan las pautas para ir formando una apropiada regulación.

Como se expone, existen muchos conceptos que entran en conflicto, debido a las percepciones culturales de cada Estado como es el caso del embrión y el pre embrión. Sobre este tema en Latinoamérica es el embrión y para Europa es el pre embrión; la diferencia corresponde al número de días después de la fecundación, pero, aun así, es un tema que sigue en constante desarrollo.

Siendo el Derecho el instrumento que indica cómo se debe regir una sociedad, el tema no puede quedar desapercibido, y se ha elaborado una regulación que ha ido progresando, y que va evolucionando según los casos prácticos que se generan.

Los principios que rigen la maternidad subrogada son: El respeto de la persona, Beneficencia-bien del paciente, Justicia, No-maleficencia, Autonomía del paciente, Consentimiento informado, Selección imparcial de sujetos de investigación, Evaluación de riesgos y beneficios.

Dichos principios sirven como base para establecer los lineamientos de las normas en materia de reproducción asistida. En el caso de la maternidad subrogada, estos principios son la base que establece los lineamientos para el uso de estas técnicas.

La maternidad subrogada en México traería una serie de impactos relevantes a las normas jurídicas, porque transforma el derecho como se encuentra en el ámbito constitucional, civil, laboral, penal, y en materia de salud pública.

## Referencias

- Anaya S. (2021), *Maternidad subrogada en México ¿qué aprobó la Suprema Corte?*, <<https://www.zonadocs.mx/2021/06/13/maternidad-subrogada-en-mexico-que-aprobo-la-suprema-corte/>>. [Consulta: 14 de octubre de 2021]
- Briseño, C. y Jurado H., *Gestación sustituta y subrogada en México, derecho humano no reconocido Constitucionalmente*, <[http://cedhj.org.mx/revista%20DF%20Debate/articulos/revista\\_No6/ADEBATE-6-art3.pdf](http://cedhj.org.mx/revista%20DF%20Debate/articulos/revista_No6/ADEBATE-6-art3.pdf)>. [Consulta: 05 de junio de 2021]
- H. Asamblea Legislativa del Distrito Federal (2009), *Iniciativa con Proyecto de Decreto de la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal*, <<http://www.aldf.gob.mx/archivo-3f7e1195feb6a2a6fc616d1cef522305.pdf>> [Consulta: 28 de julio de 2021]
- H. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. (1917), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación* <<http://www.diputados.gob.mx>> [Consulta: 02 de junio de 2021]
- H. Congreso del Estado de Sinaloa, (2013), *Código Familiar del Estado de Sinaloa*, <<https://www.congresosinaloa.gob.mx/>> [Consulta: 04 de agosto de 2021]
- H. Congreso del Estado Libre y Soberano de Tabasco, (1997), *Código Civil para el Estado de Tabasco*, <<https://congresotabasco.gob.mx/>> [Consulta: 07 de septiembre de 2021]
- Organización de las Naciones Unidas (1994), *Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo*, <[https://www.un.org/es/events/pastevents/icpd\\_1994/](https://www.un.org/es/events/pastevents/icpd_1994/)> [Consulta: 23 de agosto de 2021]
- Organización de las Naciones Unidas (1948), *Declaración Universal de Derechos Humanos*, <[https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/spn.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf)> [Consulta: 11 de julio de 2021]
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2021), *Maternidad Subrogada* <<https://www.scjn.gob.mx/>> [Consulta: 10 de septiembre de 2021]