



CLAUDIA PATRICIA GONZÁLEZ COBOS<sup>1</sup>

AMALIA PATRICIA COBOS CAMPOS<sup>2</sup>

<https://doi.org/10.20983/anuariocicj.2023.6>

---

FECHA DE RECEPCIÓN: 30 de agosto 2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 30 de noviembre 2022

---

## LA CONTROVERSIAL MATERNIDAD SUBROGADA EN MÉXICO

### The controversial surrogate motherhood in Mexico

#### Resumen

Ante un escenario de desregulación casi absoluta, en México la maternidad subrogada sigue representado un talón de Aquiles en el entorno del respeto a los derechos humanos. Si bien la doctrina jurídica se ha ocupado de los problemas que se derivan de su existencia, en materia legislativa pervive en un escenario extrajurídico que genera una indefinición en cuanto a su naturaleza jurídica. De tal suerte que la maternidad subrogada pareciera ubicarse en el contexto contractual, cuando por su trascendencia incide en el campo de los derechos humanos. En criterio reciente la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México ha establecido la competencia de las entidades federativas para regular los términos económicos de esta figura jurídica. El presente trabajo de corte teórico dogmático, parte de la hipótesis de que la maternidad subrogada está acéfala de una adecuada regulación en México, lo que incide en la vulneración de derechos humanos y la realización de acuerdos que rayan en la ilegalidad con una absoluta desprotección a las personas involucradas —incluido el ser humano en gestación—, por lo que debe regularse adecuadamente en la legislación ordinaria. La hermenéutica y la epistemología jurídicas sustentan la metodología empleada y la técnica de revisión de literatura especializada da un soporte adecuado a las conclusiones obtenidas que confirman la hipótesis.

**Palabras clave:** contrato, maternidad subrogada, derechos humanos.

---

1 Doctora en Derecho, con mención honorífica. Profesora Investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua, ORCID <https://orcid.org/0000-0002-578-9624>. Correo electrónico: [ccobos@uach.mx](mailto:ccobos@uach.mx)

2 Doctora en Derecho con mención *cum laude*, miembro del Sistema Nacional de Investigadores, Nivel I. Profesora Investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua, ORCID <https://orcid.org/0000-0002-1979-3771>. Correo electrónico: [pcobos@uach.mx](mailto:pcobos@uach.mx)

Faced with a scenario of almost absolute deregulation, in Mexico surrogacy continues to represent an Achilles heel in the environment of respect for human rights. Legal doctrine has dealt with the problems that arise from its existence, every time it survives in an extra-legal scenario that generates a vagueness as to its legal nature, in such a way that it seems to be located in the contractual context, when due to its transcendence it affects the field of human rights. In recent criteria the Supreme Court in Mexico has established the competence of the federative entities to regulate the economic terms of this legal figure, a *contrario sensu* should we conclude that the other aspects should be covered by federal legislation. The present work of dogmatic theoretical cut, part of the hypothesis that surrogacy is acephalous of an adequate regulation in Mexico which affects the violation of human rights and the realization of agreements that border on illegality with an absolute lack of protection to the people involved—including the human being in gestation—. Legal hermeneutics and epistemology support the methodology used and the technique of reviewing specialized literature gives adequate support to the conclusions obtained that confirm the hypothesis.

**Keywords:** contract, surrogacy, human rights.

## Introducción

**E**ntre los temas que en México los legisladores federales evaden, por considerarlos álgidos en el entorno de la opinión pública, es el relativo a la maternidad subrogada. Pareciera que el Poder Legislativo no se percata de las complicaciones que se generan en el día a día en lo relativo a esta problemática que no por dejar de regularla va a dejar de existir.

Es cierto que los debates éticos al respecto son muchos y han llevado a algunos países a prohibirla. Notrica *et al.* (2017) señalan que posee dicotomías extremas en cuanto a lo legal y lo ético. Al respecto Pérez Fuentes

(2018) considera que al darle el tratamiento de contrato se dejan de lado elementos esenciales que inciden en la bioética, tales como el consentimiento informado. Por lo que no es esta la figura idónea para integrarlo al derecho, debiendo coincidir con la autora en estudio en el sentido de que la figura en comento debe ser desprendida del carácter patrimonialista que incluso la misma Corte en México le confiere, como se analizará más adelante.

El punto de partida lo constituyen sin lugar a dudas los derechos reproductivos, los que según Bareiro (2003, p. 129) “tienen que ver con nosotras, con nuestro cuerpo, con procesos biológicos muy personales” y añade que su consideración como derechos universales es muy reciente, en lo que al alcance y contenido del derecho se refiere, el mismo tutela: la libertad para decidir respecto del número y espaciamiento de los hijos, mas no acarrea una corresponsabilidad del Estado para alcanzarlo, pero sí en cuanto a aspectos de salud, educativos y culturales que inciden en el ejercicio del derecho que se enmarcan dentro del derecho a la salud.

La autora señala que estos derechos comprenden información, educación, asesoría científica, que no se limita únicamente a la distribución de métodos anticonceptivos, protección y atención al embarazo, protección y atención al parto, lactancia, acceso a métodos anticonceptivos, planificación familiar, fecundidad, esterili-

zación, atención de calidad, paternidad responsable y el polémico aborto (Bareiro, 2003, p. 130).

La maternidad subrogada no solo incide en los llamados derechos reproductivos a que hicimos alusión en los párrafos antecedentes, también en otros derechos humanos algunos de ellos insertos en el campo de la bioética —de entrada está en juego la dignidad humana de los involucrados, derechos como la identidad, libertad—; en consecuencia, coincidimos con Aparisi (2017, p. 164) cuando afirma que esta figura afecta directamente la esfera de los derechos humanos de quienes en ella intervienen, haciendo hincapié en la dignidad humana y añade que:

[...] si se quiere dar una adecuada respuesta a este tema, es imprescindible reflexionar sobre cómo dicha práctica afecta a la dignidad y a los derechos de las personas implicadas y, más en concreto, a la madre gestante. [...] la maternidad por subrogación contradice directamente algunas exigencias básicas de la dignidad humana.

Así entonces, la presente investigación, de corte teórico dogmático, parte de la hipótesis de que la maternidad subrogada está acéfala de una adecuada regulación en México, lo que incide en la vulneración de derechos humanos y la realización de acuerdos que rayan en la ilegalidad con

una absoluta desprotección a las personas involucradas, incluido el ser humano en gestación, por lo que debe regularse adecuadamente en la legislación ordinaria.

La metodología que sustenta esta investigación se basa en la hermenéutica jurídica, la cual permite hacer un análisis objetivo de la legislación y jurisprudencia existente, a efecto de desentrañar su justificación ética a través de la interpretación de los motivos que la generaron; por medio de la utilización de la epistemología jurídica, se desentrañan las circunstancias sociales e históricas que dieron origen a la figura jurídica en análisis, así como a la justificación de la creación de una forma distinta de regulación, bajo la base de que la forma en la que se ha legislado resulta inadecuada para su correcta tutela a la luz de los derechos humanos y, por último, se utiliza la técnica de revisión de literatura especializada la cual da un soporte adecuado a las conclusiones obtenidas que confirman la hipótesis. En cuanto a la estructura de la investigación, se comenzará por establecer un esbozo de concepto de lo que se debe entender por maternidad subrogada, posteriormente se analizará el marco legislativo y jurisprudencial que la constriñen actualmente, después se estudiará a la luz del derecho humanitario y por último, se presentarán las conclusiones a efecto de demostrar la comprobación de la hipótesis sustentada.

### **El entorno conceptual de la maternidad subrogada**

Para evaluar el contexto que en México vive la maternidad subrogada se debe establecer previamente su evolución histórica, el marco conceptual que ha ido elaborando la doctrina jurídica respecto al tema, a efecto de determinar cuál es la denominación idónea, la naturaleza jurídica de la figura y sus particulares connotaciones.

Realmente no es algo tan novedoso como pudiera parecer, desde la antigüedad se encuentran usos en los que una esclava gestaba al hijo cuando la mujer era estéril, así se desprende del código de Hammurabi. Las leyes de Manú, por su parte, permitían cambiar a la mujer estéril e incluso en la Biblia se encuentran ejemplos de ello (Martínez, 2015). Lo que es novedoso es la forma en que se realiza, es decir, mediante las técnicas de reproducción asistida y las denominaciones que se le dan a la figura. Entre las más comunes se encuentra el alquiler de vientre, alquiler de útero, gestación por sustitución, maternidad subrogada, madres suplentes, madres portadoras, donación temporaria de útero, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro, gestación subrogada, maternidad sustituta, maternidad de alquiler, maternidad de encargo, madres de alquiler y madres gestantes (Lamm, 2013, p. 25).

En lo relativo a estas denominaciones la academia ha ido desglosando las razones por las que algunas de ellas son inapropiadas, así Notrica, Cotado y Curti (2017) señalan que no se debe utilizar el término maternidad subrogada, puesto que realmente no es la maternidad lo que se subroga, se gesta por otros y, en consecuencia, es la gestación la que en última instancia se subroga, toda vez que por parte de la gestante no existe la intencionalidad de tener un hijo. Los apuntados razonamientos han llevado a sugerir el uso del término gestación sustituta como más apropiado particularmente cuando se pretende legislar al respecto.

Se debe apuntar igualmente que resulta aún más inapropiado el término arrendamiento de vientre, toda vez que el vientre materno no puede ser considerado como un bien en el comercio que se pueda enajenar o arrendar, aunque el uso le esté dando una realidad *de facto*, muchos países lo sancionan de nulidad y otros lo prohíben expresamente, pero aun donde se permite la palabra arrendamiento parece muy desafortunada para denominar la figura en estudio.

Brazier (1998) la define como:

Surrogacy is the practice whereby one woman (the surrogate mother) carries a child for another person(s) (the commissioning couple) as the result of an agreement prior to conception that the child

should be handed over to that person after birth.<sup>3</sup>

Pérez (2002, p. 239) la define como:

[...] contrato oneroso o gratuito, por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su óvulo, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes (una persona o pareja, casada o no), que podrán aportar o no sus gametos; en este último caso, los gametos procederán de donante (masculino y/o femenino).

Asignándole la misma naturaleza jurídica que el anteriormente citado, Díaz (2022) considera a la gestación por sustitución como:

[...] un contrato oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser sujetos individuales o una pareja, matrimonial o no, que pueden aportar o no sus gametos.

3 La subrogación es la práctica mediante la cual una mujer (la madre sustituta) lleva un embarazo para otra persona (la pareja comitente) como resultado de un acuerdo previo a la concepción, de que el niño debe ser entregado a esa persona después del nacimiento (traducción de autoras).

Se ha optado por varios conceptos doctrinarios de diversa acuñación para poder examinar la naturaleza jurídica de la maternidad subrogada, en principio solo fue concebida como una práctica,<sup>4</sup> de donde inferimos que asumiría la categoría de uso o costumbre a falta de regulación en los ordenamientos jurídicos correspondientes. Posteriormente y casi de manera unánime ha sido considerada por la doctrina como un contrato, lo que lo lleva al campo del derecho civil sujeto en consecuencia a requisitos de existencia y validez.

Frente a estas percepciones se encuentra la que lo concibe como un hecho jurídico complejo, que parece más atinada, puesto que los hechos jurídicos complejos, como afirma Pérez Fuentes parafraseando Maluquer, pueden “estar estructuralmente compuestos de hechos de diferente naturaleza —actos de la vida privada, actos de la administración pública, actos legislativos, hechos naturales— cada uno con autonomía y relevancia propia, pero todos juntos dirigidos a la producción de un efecto final” (2008), y toda vez que el contrato es un acto jurídico, se considera que dados los derechos en que incide es muy restringido e inadecuado estimarlo como tal.

<sup>4</sup> Sin embargo, un meticuloso estudio de la Unión Europea lo considera una práctica véase: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI\\_ET\(2013\)474403\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf)

Dobernig (2018) señala que:

[...] las madres sustitutas o madres gestantes son mujeres fértiles que aceptan, mediante precio o no, llevar a término un embarazo que normalmente se ha generado mediante el esperma del varón que aparecerá como padre y un óvulo de la mujer que aparecerá como madre, para que, una vez producido el parto, entregue el hijo a las personas que lo encargaron y, asumieron en su caso, la compensación de la cantidad fijada o los gastos ocasionados por el embarazo o parto.

### **Marco legislativo y jurisprudencial**

En lo relativo a precedentes judiciales en la materia resulta emblemático el caso *Stern vs Whitehead*, que es considerado por la doctrina el primer contrato de gestación subrogada, celebrado en Estados Unidos en 1989 entre el matrimonio Whitehead y el señor Stern. La Suprema Corte de New Jersey decretó la nulidad de dicho contrato, sin embargo, reconoció que si bien la madre biológica era Mary Beth Whitehead el padre biológico del producto de la concepción era el señor William Stern a quien se le concedió la custodia, pero reconociendo el derecho de visita de la madre (2016).

Desde sus orígenes esta forma de gestación ha sido muy polémica. No es de extrañar la diversidad de regulación y que

aún se sigue debatiendo en los tribunales nacionales y transnacionales sin que exista una legislación o salida uniforme al respecto. En un acucioso estudio realizado por el Parlamento Europeo intitulado: *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States* (2013), se examinan las políticas al respecto a nivel nacional, europeo y global, el documento resalta la problemática de la maternidad subrogada desde su perspectiva ética y afirma que:

The mere fact that a woman rents her body opens the road to exploitation, particularly since the logic of surrogacy is to fulfil the desire of a couple at any cost. Kimbrell (1993) draws parallels between surrogacy and slavery, since slave women were often used as birth mothers without any legal rights (2013, p. 26)

La diversidad en la regulación llevó a la necesaria elaboración de tablas comparativas, pero se encuentra una constante en la escasa regulación interna. Entre los datos que llaman la atención están los contrastes, ya que mientras en Bélgica se producen dos nacimientos al año mediante la subrogación en Reino Unido son 149 y en Francia 200 (Brunet, 2013, p. 19).

La gravedad del problema se hace más evidente con la intervención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

en el caso *Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) vs. Costa Rica* (Sentencia CoIDH, 28 de noviembre, 2012) donde expresamente determina que: “la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico” (2012, párrafo 143) determinando igualmente que la Convención Americana de Derechos Humanos al prever la protección del núcleo familiar que deviene en el derecho a fundar una familia y por ende a procrear.

En México en materia federal no existe normatividad alguna, a nivel estatal algunas entidades federativas lo han abordado, por lo que se examinará a continuación esa regulación. El estado de Tabasco regula la figura en el Código Civil (1997), el artículo 92 en lo conducente determina que:

[...] 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 estar-se a lo ordenado para la adopción plena.

El ordenamiento en consecuencia considera válida la subrogación o sustitución de la gestación diferenciándolas y como

se desprende del texto mismo lo considera un contrato, además de que le confiere efectos de adopción plena.

El ordenamiento en estudio dice que madre gestante sustituta es:

[...] 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 [...] (Código Civil para el estado de Tabasco, 1997).

El código asume la terminología de madre gestante sustituta y en el capítulo correspondiente utiliza el rubro “de la Gestación Asistida y Subrogada”; asimismo, en el numeral 380 bis plasma el concepto de reproducción humana asistida, la cual define como:

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 ger-

minales, 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.

El numeral en cita prevé igualmente la inseminación homóloga y la heteróloga, la primera se actualiza cuando los gametos son aportados por ambos cónyuges o concubinos y, la segunda, 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 (Código Civil para el estado de Tabasco, 1997).

Regula asimismo la inseminación *post-mortem* siempre que el consentimiento sea expresado en vida por el cónyuge o concubino, y que dicho consentimiento se otorgue con las formalidades que el Código exige. Empero, al no determinar cuáles formalidades, el código adolece de vaguedad y se tendría que ir a las reglas generales del consentimiento en los actos jurídicos, lo que no necesariamente nos llevaría a un consentimiento informado en los términos de la bioética, que sería lo deseable (Código Civil para el estado de Tabasco, 1997).

Otro ordenamiento que prevé la figura es el Código de Familia para el estado de Sonora (2019), bajo la denominación de reproducción asistida. En el referido Código, entre las cuestiones a resaltar está el artículo 206 que prevé la denominada

paternidad voluntaria, que en los del referido numeral se da en la adopción, el nacimiento obtenido mediante técnicas de reproducción asistida con gametos ajenos, autorizadas por los cónyuges o concubinos, y de la afiliación o acogimiento de menores huérfanos, abandonados o entregados.

Por su parte, el artículo 156 fracción XV prevé como causal de divorcio por culpa el hecho de que uno de los cónyuges se someta a métodos de reproducción asistida con material genético de terceros, sin el consentimiento del otro cónyuge; el numeral 207 determina a la letra:

Artículo 207.- Cuando el embarazo se obtenga por técnicas de reproducción asistida con material genético de personas distintas de uno o ambos cónyuges o concubinos, los que usen voluntariamente gametos de terceros serán considerados como padres biológicos del niño que nazca por estos métodos, siempre que hayan otorgado expresamente su autorización. El hijo podrá solicitar, al llegar a su mayor edad, informes sobre el padre biológico en los mismos casos que en la adopción plena, sin reclamar ningún derecho filiatorio.

El artículo 208 determina que el consentimiento de los cónyuges o concubinos “equivaldrá a la cohabitación para efectos de la paternidad y serán considerados pa-

dres biológicos del hijo engendrado a través de dichas técnicas, para todos los efectos legales, excluyendo cualquier derecho u obligación del donante” (Código Civil para el estado de Sonora, 2019). Añade que la autorización para la reproducción asistida, admitiendo la paternidad o maternidad, puede realizarse ante el Director de la Clínica, ante notario o mediante un acuerdo privado suscrito ante testigos; igualmente confiere el parentesco consanguíneo en el artículo 213 cuando surge de la reproducción asistida con material genético de ambos padres.

Una tercera regulación es el Código Familiar de Sinaloa (2013), que en su artículo 284 determina,

La maternidad de sustitución admite las siguientes modalidades:

- I. 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;
- II. 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;

III. 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; y,

IV. Subrogación altruista, es la que se da cuando una mujer acepta gestar por cuenta de otra de manera gratuita.

El ordenamiento prevé incluso la posibilidad de establecer una contraprestación por la gestación. En el numeral subsecuente establece la imposibilidad de participar como madres gestantes a las mujeres que tengan problemas de alcoholismo, tabaquismo o drogadicción; asimismo, impone al centro hospitalario la obligación de visitar en su domicilio a la madre gestante y establecer las condiciones idóneas para el adecuado desarrollo del embarazo; impone a la posible madre gestante acreditar mediante un dictamen médico que no ha estado embarazada en un periodo de 365 días previos a la implantación y de igual forma establece la imposibilidad de ser madre gestante a quien ya lo ha hecho en dos ocasiones consecutivas.

Son estas entidades federativas las que han previsto la solución a los problemas que se derivan de estas formas de reproducción y, de manera por demás irregular, la ley respectiva se aprobó en la Ciudad de México desde 2010 (s/f), pero a la fecha

no ha sido publicada lo que deviene en su inaplicabilidad. Contrario a lo previsto en los códigos de las entidades federativas anteriores, encontramos que en los ordenamientos de Querétaro, San Luis Potosí y Coahuila se prohíben expresamente estas prácticas.

La ausencia de legislación es preocupante. El 1° de julio de 2022 la presidenta de la mesa directiva del Senado, Dra. Olga Sánchez Cordero, manifestó que es urgente legislar en esta materia a efecto de evitar las prácticas perjudiciales realizadas en clínicas o laboratorios clandestinos que implican un riesgo para la población (Márquez, 2022).

En la misma tesitura las voces académicas se han estado escuchando con las advertencias de la gravedad que reviste la casi nula legislación. Ya se ha aludido a algunas de ellas y es evidente que en un país como México, cuya legislación es tan precaria, puede desarrollarse un uso abusivo de estas prácticas aprovechándose de la pobreza e ignorancia de las mujeres explotándolas como entes reproductores (Márquez, 2022). En el mismo sentido, González y Albornoz (2016, p. 173) consideran que de cara a lo antes mencionado que ya de suyo reviste gravedad, se generan igualmente problemas de filiación que impactan en los derechos de los niños así gestados llegando a lo que denominan filiación claudicante, puesto que la misma es reconocida por unos estados, mientras

que otros no lo hacen, ya que las normas sobre nacionalidad y filiación son igualmente divergentes en los estados.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación recientemente emitió algunas resoluciones con relación al tema, verbigracia el amparo en revisión 852/2017 donde determinó en relación con el derecho a la identidad que el menor debe,

[...] poder ejercer su derecho a la identidad biológica; y que, en términos del artículo 7, inciso 1, y 8, incisos 1 y 2, de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuando la realidad de un vínculo biológico no se encuentre reflejada en el plano jurídico, el Estado debe reconocer el derecho del menor de edad (incluso del mayor de edad), para lograr el estado de familia que corresponda con su relación consanguínea, pues es un derecho del hijo tener la filiación que le corresponde y no una mera facultad de los padres hacerlo posible, por ello, esta Sala señaló que la tendencia debe ser que la filiación jurídica coincida con la filiación biológica.

En un diverso fallo el tribunal en pleno de la Suprema Corte declaró la invalidez del artículo 380 bis 3, párrafo quinto, del Código Civil de Tabasco (1997) que establecía que: “en caso de que la gestante o su cónyuge demandaran la maternidad o paternidad del producto de la inseminación, solamente podrían recibir su custo-

dia cuando se acreditara la incapacidad o muerte de la madre o padre contratantes”. La Corte estableció que “el interés superior de la niñez, que juega un papel primordial en la gestación subrogada, 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” (Acción inconstitucionalidad, 16/2016).

Como se advierte, no existe una amplia construcción jurisprudencial que auxilie a cubrir la omisión legislativa existente, por lo que tal circunstancia agrava aún más el estado de clandestinidad en el que se están manejando los mal llamados contratos de maternidad subrogada.

#### **IV. La maternidad subrogada en el entorno de los derechos humanos**

A partir de los derechos reproductivos que se enfocan hacia la salud reproductiva entendida como,

[...]un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir

hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos (1995).

Tales derechos se ven afectados por las situaciones de facto que viven miles de madres gestantes, para quienes el ingreso prometido es una esperanza de paliar la pobreza en la que viven y que está gestando un mercado respecto de bienes que jamás debieron estar en él.

En el presente apartado resulta esencial hacer hincapié en los riesgos que una inadecuada o ausente regulación acarrearán para la dignidad humana, la cual ya de suyo reviste una gran complejidad para definirla puesto que ni la Suprema Corte ha determinado con meridiana claridad cuál es la naturaleza jurídica de la misma, las principales corrientes existentes la conciben como derecho, como valor o como principio. Es tanto el uso del término que pareciera que se ha caído en el abuso del mismo; sin embargo, es evi-

dente que sin ella no se puede concebir a los derechos humanos, es por eso que en el presente apartado se aluden a las concepciones más destacables, pero no se examinan a profundidad la dignidad en sí, ni los debates acerca de su naturaleza jurídica por ser ajeno a las pretensiones del presente trabajo de investigación, conformándonos con destacar la relevancia que tiene en la gestación por sustitución. Además de lo apuntado, se debe resaltar, como lo hace Saldaña (2019), que existe un reconocimiento universal de la misma y por ende es un concepto trascendente y de difícil comprensión conceptual, “porque indica una cualidad indefinible y simple”.

La dignidad es inherente al hecho de ser persona, y es por ello que debemos evidenciar que en la forma en que se está legislando y con la precariedad que se realiza, se atenta a la dignidad de quienes intervienen y muy en especial a la de la madre gestante. Ya se expuso que el vientre de la madre no es una cosa que pueda estar en el comercio, ya que con ello estaríamos cosificando el cuerpo de la mujer. Aparisi menciona que “mercantiliza, cosifica e instrumentaliza el cuerpo de la mujer gestante, además de que la discrimina y, en definitiva, disgrega su unicidad personal de tal manera que va más allá de cualquier concepto legal o ético” (2017, p. 168).

La gestación sustituta o subrogada repercute en el derecho a la identidad del producto de la gestación, generando serios

problemas al encontrarse en su escasa regulación esquematizado como contrato. Entonces, las cuestiones patrimoniales inciden en las determinaciones que al respecto se toman sin que exista una regulación *ex profeso* que delimite los aspectos de filiación que se originan, y los derechos que de ellas pueden derivarse. En la práctica, las partes intervinientes dirimen sus diferencias entre sí y con la propia autoridad mediante la interposición del amparo al no existir los senderos legales idóneos para ello.

## Conclusiones

El término maternidad subrogada debe ser eliminado para utilizar en su lugar el más correcto desde una perspectiva jurídica de gestación por sustitución. Se entiende por tal el consentimiento informado mediante el cual una mujer —llamada madre gestante— acepta voluntaria e informadamente, a través de las técnicas de reproducción asistida, llevar en su vientre al hijo de dos personas —llamadas comitentes—, a quienes les será entregado a su nacimiento sin que se genere vínculo de filiación con la madre gestante.

En México la regulación existente es tan escasa que no contribuye a resolver el problema. El hecho de que en tres entidades federativas se regule, mientras que en las restantes existe una total omisión legislativa al respecto, con la salvedad de otras tres entidades que la prohíben, lo cual

acarrea las mismas consecuencias de la inexistencia de normatividad o incluso más graves al caer en la total clandestinidad.

En materia federal no hay precepto alguno que la regule, por lo que sería deseable una reforma a la Ley General de Salud para incluir esta figura y regularla en el marco de su competencia; así como la formulación de una adición al Código Civil Federal para su adecuada reglamentación.

No se puede decir que el problema generado por la ausencia de regulación sea baladí puesto que en México se realizan anualmente ochenta mil de estos procedimientos, sumado al hecho de que en el lapso comprendido entre los años 2003 a 2020 se incrementaron significativamente los establecimientos autorizados para llevar a cabo dichos procedimientos ( Márquez, 2022), es en consecuencia necesaria la adecuada regulación de la figura en estudio para evitar vulneraciones a los derechos humanos de quienes intervienen.

## REFERENCIAS

### Bibliohemerográficas

- Aparisi, A. (2017) Maternidad subrogada y dignidad de la mujer, *Cuadernos de Bioética*, (vol. XXVIII, No 2) <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/163.pdf>
- Bareiro, L. (2003) Los derechos reproductivos y los derechos humanos universales, en *Promoción y defensa de los derechos reproductivos: nuevo reto para las instituciones*

- nacionales de derechos humanos*, p. 119-133. <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1832/promocion-y-defensa-de-derechos-reproductivos-espanol-2006.pdf>
- Brazier, M., Campbell, A., Golombok, S. (1998) Surrogacy: Review for Health Ministers of current arrangements for payments and regulation, Department of Health and social care, Londres, disponible en [https://www.research.manchester.ac.uk/portal/en/publications/surrogacy-review-for-health-ministers-of-current-arrangements-for-payments-and-regulation--report-of-the-review-team\(619aaf90-831e-4c48-b81b-61e5b08fd-c7e\)/export.html](https://www.research.manchester.ac.uk/portal/en/publications/surrogacy-review-for-health-ministers-of-current-arrangements-for-payments-and-regulation--report-of-the-review-team(619aaf90-831e-4c48-b81b-61e5b08fd-c7e)/export.html)
- Brunet, L. (lead) (2013), A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI\\_ET\(2013\)474403\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf)
- Díaz, M. (2010), La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico, *Diario la Ley*, (No. 7257).
- Dobernig, M. (2018) Maternidad subrogada: Su regulación, en: Medina, M., María de Jesus Ibarra, F., Chan, S. (Coord.), *Bioética y Derecho. Reflexiones clásicas y nuevos desafíos*, 251-294. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4733-bioetica-y-bioderecho>
- González Martín, N. y Albornoz M., “Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVI, 2016, pp. 159-187, México, D. F., <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/524>
- Lamm, E. (2013) Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres, Universitat de Barcelona, Observatorio de Bioética, Publicacions i edicions. [http://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/libro\\_gestacion\\_por\\_sustitucion.pdf](http://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/libro_gestacion_por_sustitucion.pdf)
- Maluquer de Motes y Bernet, C. (2008) Derecho civil constitucional, en Perlingieri, P.: *El Derecho Civil en la legalidad constitucional según el sistema italo comunitario de las fuentes* (traducido y coordinado por Luna, A. y Maluquer De Motes y Bernet, C.), Ed. Dykinson.
- Márquez, M. (1 de julio, 2022) México: “Vacío legal en reproducción asistida permite un mercado para el turismo de fertilidad”, Ameco Press. <https://amecopress.net/Mexico-Vacio-legal-en-reproduccion-asistida-permite-un-mercado-para-el-turismo-de-fertilidad>
- Martínez, V., (Diciembre 2015) Maternidad subrogada. Una mirada a su regulación en México, *Dikaion*, Año 29, Vol. 24 (No. 2) 353-382. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=72045844007>
- Muñoz B. L. (2016). La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida, *REDUR14*, diciembre 2016, págs. 219-256. ISSN 1695-078X, <https://publicaciones.unirioja.es/ojs/index.php/redur/article/view/4155/3405>
- Notrica, F. Cotado, F. y Curti, P. (2017). La figura de la gestación por sustitución, *Re-*

*vista Ius*, vol.11(39) [https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-21472017000100008](https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100008)

Pérez, G. (2018). El acto jurídico normativo. una propuesta normativa ante los casos trágicos sobre la maternidad subrogada, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, IDIBE, (No. 8) feb.. pp. 75-59 <https://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/67249/59-79.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Saldaña, J. (2019). *La dignidad de la persona fundamento del derecho a no ser discriminado injustamente*, UNAM, <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/26854>

### **Legislación y fallos judiciales**

Suprema Corte de Justicia de la Nación (2021, 3 de junio) Sentencia Acción de inconstitucionalidad 16/2016, (Procuraduría General de la República Vs diversas disposiciones del Código Civil para el Estado de Tabasco), <https://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=6465>

Artavia Murillo y Otros (Fertilización in Vitro) Vs. COSTA RICA, Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf) y [https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.Cfm?nId\\_Ficha=235](https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.Cfm?nId_Ficha=235)

Congreso del Estado de Tabasco, (1997, 9 de abril) *Código Civil Para El Estado De Tabasco*, Periódico oficial del estado. <https://tsj-tabas->

[co.gob.mx/documentos/37118/CODIGO-CIVIL-PARA-EL-ESTADO-DE-TABASCO/](http://co.gob.mx/documentos/37118/CODIGO-CIVIL-PARA-EL-ESTADO-DE-TABASCO/)

Congreso del Estado de Sonora, (2019, 15 de octubre) *Código De Familia Para El Estado De Sonora*, Periódico Oficial del Estado, [http://www.congresoson.gob.mx:81/Content/Doc\\_leyes/Doc\\_436.pdf](http://www.congresoson.gob.mx:81/Content/Doc_leyes/Doc_436.pdf)

Congreso del estado de Sinaloa, (2013, 6 de febrero) *Código Familiar del Estado de Sinaloa*, Periódico Oficial No. 17. [https://gaceta.congresosinaloa.gob.mx:3001/pdfs/leyes/Ley\\_4.pdf](https://gaceta.congresosinaloa.gob.mx:3001/pdfs/leyes/Ley_4.pdf)

Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (1995), (párr. 7.2), ONU A/CONF.171/13/Rev.1, [https://www.un.org/en/development/desa/population/publications/ICPD\\_programme\\_of\\_action\\_es.pdf](https://www.un.org/en/development/desa/population/publications/ICPD_programme_of_action_es.pdf),

### **Páginas web consultadas**

European Parliament (2013) [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI\\_ET\(2013\)474403\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf)

Surrogacy 365, El primer caso de gestación por sustitución en el mundo. (15 de julio, 2016) <https://www.surrogacy365.com/es/el-primer-caso-de-gestacion-por-sustitucion-en-el-mundo/>

Congreso de la Ciudad de México <https://www.congresocdmx.gob.mx/media/documentos/7469d217fbf174b8ba5ed93471d2171c4cf2f049.pdf>