



Boletín mexicano de derecho comparado

ISSN: 0041-8633

ISSN: 2448-4873

Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

González Martín, Nuria

Pérez Fuentes, Gisela María et al., La maternidad subrogada

Boletín mexicano de derecho comparado, vol. LI, núm. 151, 2018, Enero-Abril, pp. 415-422

Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2018.151.12303>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42772312013>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org
UAEM

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

PÉREZ FUENTES, Gisela María *et al.*, *La maternidad subrogada*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2017, 175 pp.

La gestación subrogada o gestación por sustitución, también conocida comúnmente como “maternidad subrogada”, no es un tema nuevo, porque no es absolutamente de nueva generación, pero sí es de una gran proliferación, en donde no existe un trabajo sistemático, ni a nivel nacional ni a nivel internacional. El hecho de que no se deba considerar, *stricto sensu*, como un tema nuevo, no le resta el carácter de actual, al encuadrarse dentro de un gran debate nacional e internacional, fundamentalmente en cuanto a la tutela jurídica de las personas que acuden al uso de dicha técnica de reproducción asistida.

Como decimos, un tema de actualidad que está en el punto de mira por su inercia hacia la proliferación del acto y la falta de una regulación propia, pertinente o completa, objetivo crucial e inexcusable cuando se pretende abordar la gestación subrogada.

De esta manera, la obra que reseñamos se torna, desde ya, como referencia imprescindible sobre la materia, abordada desde el contexto mexicano y comparado. Desde la academia de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, las doctoras Gisela María Pérez Fuentes, Karla Cantoral Domínguez y la doctoranda Margarita del Carmen Rodríguez Collado se abocan de manera firme, seria y con un minucioso trabajo de investigación, al análisis de una figura jurídica tan necesaria como urgida ante una regulación local deficiente en materia de gestación subrogada, ausencia de regulación federal en materia de reproducción asistida y violaciones a derechos humanos, en donde se incluye el derecho a la no discriminación, derecho a la seguridad jurídica y el derecho a la identidad —incluso desde el derecho del menor a saber que ha sido gestado por subrogación—.

En ese orden de ideas, reiteramos no sólo la complejidad, sino lo controvertido, al ir vinculado de diferentes aristas, con análisis diversos y, además, aderezados con temas interdisciplinarios, tales como antropología, sociología, medicina, bioética, derecho a la salud, estudios de género, derechos sexuales y reproductivos, derecho constitucional,

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año L,
núm. 151, enero-abril de 2018, pp. 415-422.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IIJ-UNAM.

derecho civil, derecho administrativo, derecho familiar, derecho de los menores, derechos humanos, derecho internacional de los derechos humanos y derecho internacional privado.

Así las cosas, el debate fundamental, que comienza desde su nomenclatura, se ubica en:

1. Dicha práctica ¿se debe prohibir o permitir?, en donde la variedad de opiniones transitan desde una postura opresiva, incluso con una tendencia hacia la criminalización de la misma, hasta posiciones en donde estimamos que la prohibición no es una respuesta, y sí lo es el respeto hacia quienes deciden involucrarse en dicha práctica, en donde hay que contar con candados pertinentes que fundamentalmente protejan al sector más vulnerable involucrado en dicha práctica. Nos referimos a los hijos nacidos fruto de la gestación subrogada.
2. Dicha práctica ¿debe ser remunerada o gratuita?, constituyéndose éste como el elemento más controversial. Hay quienes estiman que el hecho de que una mujer reciba una compensación económica se torna en un problema de fondo, que puede cruzar la tenue frontera del tráfico, y hay quienes pensamos que debe reconocerse, y así protegerse, la voluntad de las mujeres, de prestar su útero a cambio de una remuneración, es decir, no prohibir el pago, sino regularlo, dando certeza jurídica a todas las partes.
3. ¿Acceso a la práctica?, es decir, ¿quién debe tener acceso a este tipo de acuerdo o contrato?, ¿qué edad deben tener las mujeres gestantes; condiciones de salud, de vivienda, consideración de requisitos igualmente para los padres intencionales?, y en donde, una vez más, se debe poner el acento en evitar, no permitir, cualquier requisito que implique alguna discriminación. Ni qué decir tiene que estamos pensando en el debate del acceso, a dicha práctica, a personas del mismo sexo, o el tema de solicitar una nacionalidad en lugar de una residencia habitual, en el contexto mexicano. Nuestra inclinación deriva, indubitablemente, hacia la protección por parte del Estado, los diversos Estados, de aquellos que desean ser progenitores, mujeres que optan por gestar para otras familias y aquellas niñas y niños que nacen por este tipo de acuerdos; es decir, una verdadera, real e integral protección de los derechos humanos de todos aquellos interlocutores que participan en el acto.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IIJ-UNAM*.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 151, pp. 415-422.

En definitiva, un tema con un gran impacto en la legislación aplicable, problemas de anomias y antinomias difíciles de resolver.

En México, son dos las entidades federativas que permiten este tipo de contratos, en los que se encuadra la gestación subrogada. Nos referimos a Tabasco y Sinaloa, y en los cuales la legislación sólo atiende temas de orden civil, a pesar de que dicha figura entraña, además, tal y como expresamos, cuestiones sanitarias, competencia de la Federación. En ese mismo tenor de ideas, tengamos en cuenta que los acuerdos de maternidad subrogada utilizan técnicas de reproducción asistida, TRA, para la consecución del embarazo; por ello, la falta de una regulación sobre dichas técnicas en México afecta las condiciones en las que se llevan a cabo esos contratos; la presencia de una norma sobre la materia, en sintonía con los derechos humanos y los avances de la ciencia, es imperiosa. Otras dos entidades federativas (Querétaro y Coahuila) desconocen explícitamente cualquier acuerdo de gestación subrogada; por lo que respecta a la Ciudad de México, se aprobó una normativa en la materia, que nunca fue publicada.

Para abordar la temática en general, y, de manera específica, en el estado de Tabasco, y el análisis comparado, las autoras dividieron su trabajo en cinco capítulos, dividiéndose autorías, que parte de lo general a lo particular. De esta manera, el capítulo primero titulado “Derecho civil y derecho de familia, disciplinas unidas por la persona y distinguidas por el interés público”, incluye elementos del derecho civil y del derecho de familia, sus instituciones y los sujetos intervenientes, en donde no se olvida el insoslayable énfasis debido a la proyección actual ante los desafíos que representan las denominadas “nuevas estructuras familiares”.

El segundo capítulo, titulado “El interés superior del menor: su protección en la teoría de los derechos fundamentales”, pone el acento en el concepto jurídico indeterminado que representa el interés superior del menor ante el uso de las técnicas de reproducción asistida, y con especial énfasis en la gestación o maternidad subrogada, atendiendo los instrumentos internacionales, el orden doméstico o nacional, así como los criterios establecidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana.

El tercer capítulo, titulado “Maternidad subrogada”, parte de la exposición de las causas (concretamente la infertilidad y esterilidad) que originaron la utilización de las técnicas de reproducción humana. Acto seguido, se conceptúa y clasifica la gestación o maternidad subrogada y sus

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IIJ-UNAM*.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 151, pp. 415-422.

modalidades, finalizando con el análisis de la regulación mexicana en la materia y sus argumentos, para determinar que dicha figura no debe establecerse a través de un contrato, un tema igualmente controvertido, al definirse, por mayoría, como un contrato *per se*.

En el cuarto capítulo, titulado “Maternidad subrogada en el derecho comparado”, se realiza un estudio comparativo a través del análisis de diferentes países que tienen diversas posturas, tales como la prohibición, como es el caso de España o Italia, o que la permiten, el caso de algunos estados de la Unión americana, Canadá, India —gratuita—, entre otros. El valor de dicho análisis comparativo estriba precisamente en visualizar qué pros y contras, fortalezas y debilidades han presentado dichos ordenamientos jurídicos, y ponerla en conexión con la realidad mexicana de aquellos estados que no la prohíben (Tabasco y Sinaloa), pero poniendo especial énfasis en la realidad tabasqueña a partir de las reformas de 2016 a su Código Civil.

Por último, el capítulo quinto, titulado “Repensando el derecho civil: la maternidad subrogada como un hecho jurídico complejo”, aborda un tema crucial, que siempre debe estar como base de este debate, porque no olvidemos que la regulación es el punto de partida, y no de llegada. El tema implica importantes debates éticos. Los derechos humanos se resuelven también desde una posición ética, y no sólo a través de una regulación adecuada y sólida. Reconocer que son temas teóricos complejos, pero que se quedan vacíos si no consideramos que se enmarcan en una realidad social, y no sólo jurídica. Las autoras, con absoluta claridad de pensamiento, culminan su trabajo con la perspectiva ética, poniendo en realce la magnitud del mismo.

Una vez realizado el recorrido necesario por la estructura del libro que reseñamos, que valora y determina no sólo la magnitud del panorama de la gestación subrogada, sino que se expone de manera sobresaliente, es menester detenerse en las fortalezas e innovaciones que presenta el mismo, y así, sin temor a equivocarnos, destacamos los capítulos cuarto y quinto. Concretamente, el capítulo cuarto, dedicado al estudio comparado, junto con el análisis de diferentes países con distintas perspectivas y proyecciones, destaca el estudio cuidadoso y riguroso de la experiencia mexicana, aterrizándolo en los dos estados que permiten la gestación o maternidad subrogada (Tabasco y Sinaloa), y dada la procedencia académica de las autoras, enfocandolo concretamente en el estado de Tabasco.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IIJ-UNAM*.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 151, pp. 415-422.

Tabasco puede dividir su trayectoria en la materia en dos etapas. Una primera etapa, digamos, con la introducción de la figura en su Código Civil en 1997, en donde se previó la gestación o maternidad subrogada y se reconoció la filiación para este tipo de acuerdos, sin hacer referencia a elementos del contrato, etcétera. A partir de 2016, se constituye una segunda etapa, en donde a raíz de una iniciativa presentada por el Ejecutivo del estado de Tabasco se reformó su Código Civil con una regulación problemática desde el punto de vista tanto de competencias como de requisitos para este tipo de contratos.

Las autoras analizan, de manera minuciosa, qué implicaciones han derivado tanto de las reformas de 1997 como las de 2016, y subrayan su posición en torno al altruismo, que ellas consideran debe regir la maternidad subrogada, así como la falta de sistematicidad o la discriminación que sigue permeando en dicha normativa tabasqueña, y que los han puesto en el punto de mira no sólo nacional, sino internacional. Subrayan no sólo discriminaciones (especialmente se refieren a las de orden de nacionalidad), sino que destacan la protección jurídica necesaria en el uso de estas técnicas de reproducción asistida, y en donde deben tomarse en cuenta circunstancias económicas, políticas, sociales y culturales; orden público nacional e internacional; el interés superior del menor; dignidad de la persona y derechos humanos; margen de apreciación de cada país, estándares de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, así como la experiencia en el derecho comparado.

Por lo que atañe a las fortalezas plasmadas en el capítulo quinto, tenemos o redonda en la argumentación jurídica en cuanto a la problemática social que se ha suscitado a partir de los avances científicos, reconociendo que el derecho no ha dado soluciones racionales a la ciencia del siglo XXI, y en donde no pierden de vista, entre los diversos lineamientos que establecen, el cuidado debido ante un turismo reproductivo, y cuestiones no tan idóneas a la hora de determinar la filiación, cuando las circunstancias apuran, a través de la adopción.

Como el lector habrá podido percibirse de estas escuetas líneas, a manera de reseña, hay mucho por hacer aún. Así, a modo de conclusiones, y para no dejar cuestiones cruciales sin mencionar, podemos expresar que aún faltan por considerar, con más contundencia que nunca, temas como la autonomía de la voluntad. La madre gestante o los padres intencionales manejan una decisión muy personal, autónoma. La protec-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IIJ-UNAM*.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 151, pp. 415-422.

ción de la privacidad de estas decisiones es crucial, con una diversidad de consecuencias de gran magnitud, y que deben ser pensadas desde la autonomía de la voluntad, sin dejar de lado todas las implicaciones que tiene la gestación o maternidad subrogada. Hasta dónde el Estado deja a la autonomía de las partes cuestiones puntuales, como bien puede ser la selección del ginecólogo, la forma del parto... validar que no hay una disparidad, no sólo en el consentimiento libre e informado. Los derechos humanos son un punto de partida para debates complejos, donde no hay una respuesta unívoca.

Urge el establecimiento de elementos mínimos que una contratación de gestación subrogada debe tener compatible con los derechos humanos: elementos que puedan proteger a la mujer gestante, salud, consentimiento, que no haya requisitos discriminatorios en relación con el acceso, conflictos de intereses con personas que dan servicios de diferente tipo desde asesoría jurídica imparcial, pensando en aquella que pagan los padres intencionales.

Igualmente, a modo de conclusión, se debe plantear la necesidad de una regulación federal, tanto desde el Congreso de la Unión como desde la Secretaría de Salud, a través de una ley general, una ley que no se aplique retroactivamente, que se dé acceso a las actas de nacimiento, entre otras cuestiones relevantes. No perdamos de vista, igualmente, cómo se está criminalizando a las mujeres gestantes, las que contrataron con personas de otros países —actualmente en Tabasco no está permitido—, y se encuentran acusadas de tráfico de menores.

De la misma manera, atendiendo temas sin parangón, nos detenemos en la falta de información pública; es decir, no hay estadísticas de los servicios de salud, registro civil, notarías públicas que certifican estos contratos de gestación subrogada, etcétera. De acuerdo con la legislación de Tabasco, las autoridades tienen que llevar registros y de acceso público, vía mecanismos de transparencia.

Para finalizar, y como no podía ser de otra manera, dada nuestra formación internacional-privatista, desde el derecho internacional privado un sujeto cuya situación, en estos casos, nos preocupa es el menor que nace como consecuencia de un acuerdo internacional de gestación subrogada; es decir, tenemos como prioridad salvaguardar el interés superior del menor y protegerlo internacional e integralmente. El menor tiene derecho a que se establezca su filiación —estado de hijo— y a que la misma

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IIJ-UNAM*.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 151, pp. 415-422.

sea reconocida en el extranjero —especialmente en el país donde residirá con los padres intencionales—.

La diversidad de regulaciones sustantivas en derecho comparado genera situaciones, incluso, de “filiación claudicante”, que perjudican al niño y a su familia. De ahí que el derecho internacional privado ofrezca herramientas para trabajar con ciertos aspectos de estos casos complejos, tales como:

- La competencia —autoridad emisora de actas de nacimiento, autoridad competente para reconocerlas, autoridades judiciales facultadas para intervenir si hay controversia—;
- Normas de derecho aplicable para establecer la filiación —el estado civil se rige por el derecho del domicilio de la persona—;
- Normas de cooperación internacional entre autoridades —no sólo jueces, sino también, por ejemplo, autoridades centrales—;
- Normas de reconocimiento de documentos públicos extranjeros;
- Normas de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras;
- Reconoce como límite el orden público internacional del foro; sin embargo, a veces el orden público puede ser atenuado, evitando caer en situaciones intolerables; por ejemplo, reconocer el estado de hijo a pesar de que internamente se prohíbe la gestación subrogada.

Debemos subrayar, asimismo, que no existe una norma internacional que dé cobertura a la gestación subrogada. Sí hay trabajos en curso en diversos foros internacionales, en donde se subraya la labor de las organizaciones no gubernamentales, destacando de manera considerable el trabajo realizado por el International Social Service, ISS, con su proyecto de principios para la protección de los niños; igualmente, el trabajo que desarrolla la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado con su grupo de expertos en materia de filiación y acuerdos internacionales de gestación subrogada. La complejidad de la regulación, en este caso, a nivel internacional, estriba en la dificultad para lograr un acuerdo debido a enfoques diversos de la comunidad internacional. Parece que la tendencia se deriva hacia la generación de un instrumento jurídico de *soft law*; por ejemplo, guías de buenas prácticas, frente al tradicional de *hard law*, a través de un tratado internacional, el cual implica-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IIJ-UNAM. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 151, pp. 415-422.

ría grandes retos ante la rápida obsolescencia que caracteriza a materias como la presente.

No resta más que expresar que aun con diferencias en cuanto a la manera de enfocar en su totalidad la temática por parte de las autoras, somos conscientes de que la diversidad de pensamiento promueve igualmente un diálogo constructivo, que invita, una vez más, a repensar o “desprender lo aprendido” con el derecho de réplica, siempre tan anhelado. Dicho lo anterior, reiteramos, y recomendamos, de manera indubitable, la lectura de un material como la obra que reseñamos, de un alto nivel académico, y que se acompaña con la puesta en marcha de la práctica, sin más dilación, sin más contraargumentación. Gracias al empeño y la seriedad de las académicas, disponemos en México de un material que promueve una herramienta más de reflexión.

Nuria GONZÁLEZ MARTÍN*

* Investigadora de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IIJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 151, pp. 415-422.