



## La maternidad subrogada ¿es suficiente la legislación civil vigente para regularla?

*Surrogacy. Is the current civil law sufficient to legislate it?*

Ingrid Brena\*

RDP

### RESUMEN

La autora presenta el tema de la maternidad subrogada que considera es de actualidad y define las distintas clases de maternidad subrogada y sus clasificaciones, a la vez que analiza si la legislación vigente que se aplica al efecto en el Distrito Federal es suficiente para regularla. Asimismo, se refiere a los fundamentos de la maternidad gestante, y concluye mencionando otros intereses que considera deben ser también protegidos.

PALABRAS CLAVE: maternidad subrogada; protección; contrato; proceso; adopción; parentesco.

### ABSTRACT

The author introduces surrogate motherhood as an actual topic, and defines the different types of surrogacy and their classifications, while also analyzing if the existing legislation, which applies in the Federal District, is sufficient to regulate it. She also addresses to the expectant motherhood regulations, and concludes by mentioning that some other interests should be also protected.

KEY WORDS: surrogate motherhood, protection, contract, process, adoption, relationship.

\* Coordinadora e investigadora del Núcleo de Estudios en Derecho y Salud en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

## Sumario

1. Presentación
2. Definición y distintas clases de maternidad subrogada
3. Legislación vigente en el Distrito Federal
  - A. *¿Cómo se legitima la entrega del menor a quienes “lo encargaron”?*
  - B. *Impugnación de la paternidad cuando la madre sobrogada o gestante está casada*
  - C. *Parentesco que se genera con la maternidad subrogada*
  - D. *Actas de nacimiento de los niños nacidos por maternidad subrogada o gestante*
  - E. *¿Se puede sustentar la maternidad subrogada en contratos privados?*
4. Justificación de maternidad gestante
5. Otros interés que también deben ser protegidos
6. Conclusión

### 1. Presentación

El tema de la maternidad subrogada está de moda, a pesar de ser una más de las técnicas de reproducción asistida que se realiza desde hace ya algunos años en países de corte liberal como los Estados Unidos e Inglaterra, los cuestionamientos tanto médicos como éticos y jurídicos que se suscitan respecto a ella no han permitido su aceptación generalizada.

En nuestro país, hasta ahora no hay regulación sobre este tipo de procedimientos, por ello, carecemos de datos estadísticos, pero se sabe que procedimientos de maternidad subrogada se están llevando cabo. La falta de legislación sobre el tema es preocupante, pero una normativa inadecuada lo es aún más. Por ello, el presente trabajo tiene como finalidad presentar una reflexión sobre lo que representa para el derecho civil mexicano, en especial para el derecho de familia, la aceptación de la maternidad subrogada, y en su caso cuáles serían las disposiciones legales que requerirían ser modificadas.

Debemos cuestionarnos si ¿la maternidad subrogada se adapta a las normas de derecho de familia y del Registro Civil, vigentes en el Código Civil del Distrito Federal? y ¿si debe aceptarse que una cuestión tan importante como la filiación pueda ser decidida únicamente por la voluntad de contratantes? El objeto de esta investigación será de responde a estas preguntas.

## 2. Definición y distintas clases de maternidad subrogada

Podemos de una manera sencilla y general definir a la maternidad subrogada como un procedimiento mediante el cual una persona o una pareja encargan a una mujer la gestación de un niño, el cual será entregado a la pareja o persona que lo solicitó después de su nacimiento. Sin embargo, bajo el nombre genérico de maternidad subrogada se contemplan distintas variantes.

Si tomamos en cuenta quién aporta el óvulo para llevar a cabo la procreación asistida, encontraremos las siguientes posibilidades: cuando la mujer recibe un embrión para llevar a cabo sólo la gestación, el convenio que se celebra entre ella y los solicitantes comúnmente se denomina alquiler de útero, o maternidad gestante, que es la que utilizaremos en este estudio.<sup>1</sup> En cambio, si la misma mujer entrega su óvulo y lleva a cabo la gestación, no sólo alquila su útero sino que además aporta su carga genética. En este caso, la mujer es la madre biológica y gestante del niño, que asume el compromiso de entregar su propio hijo a quienes se lo pidieron por encargo.

Una tercera posibilidad es que una mujer aporte el óvulo, otra gaste el embrión y que una tercera, que encargó el proceso, se quede con el niño. Así, la maternidad quedará fragmentada y nadie podrá considerarse como la única madre.

En cuanto a los gametos masculinos que se utilicen en los procedimientos, pueden ser del varón de la pareja que solicita el niño o la pareja que encarga al niño puede aceptar la donación de gametos de un tercero.

Estas variantes, además, pueden presentar como opciones que la gestación por sustitución o maternidad subrogada sea solicitada por una pa-

---

<sup>1</sup> En agosto de 2004 apareció en Francia la Ley de Bioética, la cual incluye una cláusula de revisión a cinco años. Después de ese término la Asamblea Nacional tiene el deber de evaluar esa ley. Para preparar la modificación legislativa se conformó una misión de 32 diputados para que informaran sobre sus avances. Esta comisión procedió a una larga consulta entre investigadores, profesionales de la salud, juristas, filósofos, sociólogos, psiquiatras y psicoanalistas, representantes de religiones y asociaciones de enfermos. Se realizaron 108 audiciones, desarrolladas entre el 15 de octubre de 2008 y el 15 de diciembre de 2009. Como resultado se presentó el Informe 2235 de la Asamblea Nacional y fue publicado por la propia Asamblea XIII Legislatura, el 20 de enero de 2010. En un reporte, se la llama “gestación por otros” a la maternidad subrogada, el nuevo término representa una expresión de solidaridad.

reja, casada o no; del mismo o de diferente sexo o por un hombre o una mujer individualmente.

Desde el punto de vista económico, los contratos de maternidad subrogada serán onerosos cuando la mujer reciba un pago por entregar a su hijo biológico o sólo por gestar uno ajeno. En cambio, en los contratos a título gratuito, la madre gestante permite el desarrollo del niño por un sentimiento altruista de solidaridad con una mujer incapaz de llevar a buen término un embarazo.

### 3. Legislación vigente en el Distrito Federal

En nuestro país se están llevando a cabo prácticas de maternidad subrogada y gestantes sin que, con excepción del estado de Tabasco, exista una regulación específica, lo cual puede ocasionar que los efectos jurídicos de las mencionadas prácticas contravengan disposiciones expresas de los Código Civil y Penal vigentes en el Distrito Federal, como se demostrará a lo largo de este estudio.

El artículo 162<sup>2</sup> expresa: “Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges”. Con la actual definición de matrimonio,<sup>3</sup> tanto los matrimonios de personas de distinto como del mismo sexo pueden tener acceso a estas prácticas, lo mismo que los concubinos, en los términos del artículo 291Ter, que establece “Regirán al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que le fueren aplicables para las parejas que viven en concubinato”.

Al ser la maternidad subrogada un método de reproducción asistida, consideramos que se encuentra autorizada tanto para los cónyuges como

---

<sup>2</sup> Cuando no se mencione el Código Penal me estaré refiriendo al CC para el Distrito Federal.

<sup>3</sup> De acuerdo con la actual definición del CC “Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código”.

para los concubinos, por el contrario, no se permite el acceso a estas técnicas a las personas solas cualesquiera que sea su sexo.

Pero si las técnicas para lograr una maternidad subrogada o gestante están permitidas por la ley, los efectos jurídicos de ellas no están regulados por la legislación vigente y este vacío legal puede generar varios tipos de cuestionamientos y conflictos.

### A. *¿Cómo se legitima la entrega del menor a quienes “lo encargaron”?*

Al finalizar el procedimiento de maternidad subrogada o gestante, la mujer que dé a luz “debe”, entregar el niño a quienes se lo solicitaron. ¿Cuál será el fundamento de esta obligación en los diferentes supuestos? ¿Se trata de una venta de niños, de una adopción o se legitima la entrega a través de un reconocimiento del niño o niña?

#### a. Venta de niños

Cuando la mujer proporciona su óvulo y además gesta al embrión hasta el alumbramiento, es la madre biológica del menor, y si recibe un pago cambio de la entrega de su hijo está realizando una verdadera venta, consideran varios autores.<sup>4</sup> Entre ellos, Fernando Alarcón sostiene que si una mujer se compromete a entregar a su hijo biológico en virtud de un negocio jurídico de maternidad por sustitución, pero además ese producto lleva su información genética ya que también es productora del óvulo fecundado, su acto no es cosa distinta a la “trata de un ser humano”.<sup>5</sup>

Pero además, quien entrega a su hijo a cambio de una remuneración o quien interviene de alguna manera en esa entrega, caen en conductas

<sup>4</sup> María Lozano Estivalis considera que la industrialización de las técnicas de reproducción han propagado como cualquier otro mercado, a través de la publicidad de los métodos, provocando que los cuerpos, los tejidos y las células humanas, así como los propios niños en sí, sean tratados como simples artículos a la venta. Lozano Estivalis, María, *Mujeres autónomas, madres automáticas*, Málaga, Universidad de Málaga, 2004, p. 58.

<sup>5</sup> Alarcón Rojas, Fernando, “El Negocio de maternidad por sustitución en la gestación”, en González de Cansino, Emilssen (coord.), *Memorias del Primer Seminario Franco-Andino de Derecho y Bioética*, Bogotá, Centro de Estudios sobre genética y Derecho-Universidad Externado de Colombia, 2003 p. 125.

tipificadas por el Código Penal, sin desconocer que tal actuación representa también un incumplimiento de la Convención de Derechos del Niño.

El artículo 169 del Código Penal DF sanciona con cárcel y multa

Al que con el consentimiento de un ascendiente que ejerza la patria potestad o de quien tenga a su cargo la custodia de un menor, aunque ésta no haya sido declarada, lo entregue ilegalmente a un tercero para su custodia definitiva a cambio de un beneficio económico, se le impondrán de dos a nueve años de prisión y de doscientos a quinientos días de multa.

Las mismas penas a que se refieren el párrafo anterior, se impondrán a los que a cambio de un beneficio económico, otorguen el consentimiento al tercero que reciba al menor o al ascendiente que, sin intervención de intermediario, incurra en la conducta señalada en el párrafo anterior...

Aunque el mismo artículo permite la reducción de la pena en determinados casos,<sup>6</sup> la conducta se encuentra tipificada como tráfico de menores y, como tal, es sancionada.<sup>7</sup>

Por su parte, el artículo 35 de la Convención de los Derechos del Niño, firmada y ratificada por nuestro país, expresa: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma”.

Conforme a la legislación vigente, la mujer gestante que sólo lleve a término el embarazo y da a luz es reconocida como la madre y no tiene la posibilidad de demostrar su participación en un contrato de renta de útero que por ahora no es lícito y menos aún podrá justificar la entrega del menor a quienes se lo solicitaron, pues la patria potestad no es renunciable.

---

<sup>6</sup> Si la entrega del menor se hace sin la finalidad de obtener un beneficio económico, la pena aplicable al que lo entrega será de uno a tres años de prisión.

Si se acredita que quien recibió al menor lo hizo para incorporarlo a su núcleo familiar y otorgarle los beneficios propios de tal incorporación, se reducirá en una mitad la pena prevista en el párrafo anterior.

<sup>7</sup> Este artículo tutela la libertad personal de los menores, dado que éstos gozan de esta garantía en su calidad de persona, misma que ejercen respaldados a través de quienes ejercen la patria potestad o su custodia atentándose contra esta libertad al considerarlos como objetos y no como personas. Villanueva, Ruth, “Comentario al artículo 189 del CPDF”, en García Ramírez, Sergio *et al.*, *Nuevo Código Penal para el Distrito Federal Comentado*, México, Porrúa-UNAM, 2006, pp. 261 y 262.

## b. Adopción

Para eludir este tratamiento penal, hay quienes consideran que la entrega del menor podría justificarse a través de la figura de la adopción. Bajo tal supuesto, las madres biológicas y mujeres que asumieran el papel de gestantes entregarían al niño en adopción a quienes se lo pidieran.<sup>8</sup>

Si bien es cierto que aparentemente existe una similitud entre adopción y maternidad subrogada por la entrega de un hijo y la transmisión de los derechos y obligaciones derivados de la filiación a otra u otras personas, no lo es menos que entre las dos figuras existen grandes diferencias.

La adopción es una institución jurídica, por medio del cual una o dos personas establecen un lazo de filiación con un menor que no es su hijo. La institución tiene por objeto proporcionar a los adoptados un hogar alternativo, cuando el suyo no les ofrece el bienestar mínimo que merecen. “La adopción de menores surge y se configura como remedio social, ético y jurídico”, manifiesta Mendizábal Osés.<sup>9</sup> Es decir, esta institución tiene por objeto remediar una situación de hecho ya ocurrida, un niño abandonado o cuyos padres no quieren o no pueden hacerse cargo de él; en cambio, en la maternidad subrogada, el nacimiento de una menor es una situación creada *ex profeso*, para satisfacer los derechos reproductivos de una pareja con problemas de fertilidad.<sup>10</sup>

A pesar de estas diferencias, si se llegara a considerar la conveniencia de aceptar la figura de la adopción para justificar la entrega del menor, será necesario que los participantes en una maternidad subrogada reúnan todos los requisitos y sigan todos los procedimientos enumerados para la adopción, establecidos en el artículo 390 y siguientes del Código Civil.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> Marsha Garrison considera que la mujer que entrega a su hijo lo está dando en adopción, de ahí que la legalidad del acto dependa de la legislación sobre adopción. La madre subrogada tiene el estatus jurídico de madre hasta que transfiera sus derechos parentales a través de una adopción. “Law Making for Baby Making: and Interpretative Approach to the Determination of Legal Parentage”, *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 113, núm. 4, febrero de 2000, p. 853.

<sup>9</sup> Mendizábal, Osés, *Derecho de los menores. Teoría general*, Madrid, Pirámide, 1977, p. 233.

<sup>10</sup> En el mismo sentido, María Lozano Estivalis expresa: Al adoptar a un niño o a una niña que ha caído de su propio nido familiar se presupone que está haciendo lo mejor para él o ella. Pero en el acuerdo de sustitución, el niño o la niña han sido producidos voluntariamente y es objeto de mercantilización, Lozano Estivalis, María, *op. cit.*, p. 84.

<sup>11</sup> Para el adoptante, ser mayor de veinticinco años, libre de matrimonio, en pleno ejercicio de sus derechos, ...siempre que acredite además: I. Que tiene medios bastantes para

Debe aclararse que la adopción sólo aplicaría para la mujer que solicitara al menor, pues será ella quien intente crear una relación de maternidad, respecto de un extraño donde la naturaleza no la ha establecido,<sup>12</sup> en cambio, al padre biológico le correspondería el reconocimiento de su hijo, no su adopción.

Actualmente la ley señala los trámites para lograr una sentencia que otorgue la adopción, mismos que en ocasiones pueden resultar excesivamente prolongados; en vista de lo cual, nos preguntamos ¿quién tendría la custodia del menor durante la tramitación del juicio, la madre biológica o la gestante? la cual debería haber registrado previamente al niño como suyo y ¿qué sucedería con el niño o niña si quienes lo encargan no cumplen con los requisitos que la ley establece para los adoptantes? o ¿si éstos se niega a tramitar la adopción? También puede ocurrir que el Ministerio Público se oponga a la adopción.<sup>13</sup> Éstas son sólo algunas de las vicisitudes que pueden presentarse y complicar la tramitación de una adopción.

Por otra parte, si no se considera la posibilidad de aparentar una adopción ¿cómo se justificaría la entrega de un niño por la mujer que lo parió a otras personas si *la patria potestad no es renunciable*, según lo establece el artículo 448 del Código Civil.

### c. Reconocimiento

Otra forma de legitimar la situación de padres de quienes solicitaron al niño podría ser a través del reconocimiento del menor como su hijo. Este reconocimiento sería verdadero en el caso del hombre y de la mujer si ellos aportaron sus gametos, y falso si quien aportó el óvulo fue la gestante. Sin embargo, esta solución no estaría exenta de riesgos. La mujer que encargará al niño tendría que justificar porque no exhibe el certificado del parto. Además, estos reconocimientos podrían ser contradichos por la madre gestante, quien podría demostrar con la constancia de parto que

---

proveer a la subsistencia, la educación y el cuidado de la persona que trata de adoptarse, como hijo propio, según las circunstancias de la persona que trata de adoptar; II. Que la adopción es benéfica para la persona que trata de adoptarse, atendiendo al interés superior de la misma; y III. Que la adoptante es persona apta y adecuada para adoptar.

<sup>12</sup> Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho civil. Primer curso. Parte general, personas. Familia*, México, Porrúa, 1980 p. 652.

<sup>13</sup> Artículo 398 del Código Civil.

ella fue quien dio a luz. También podrían contradecir el reconocimiento la persona que hubieren cuidado al menor, en los términos del artículo 378 o el Ministerio Público. En todo caso, la contradicción se resolvería en el juicio correspondiente, y con la prueba genética sería fácil establecer el vínculo entre madre y padre biológicos con su hijo. La madre solicitante no estaría en condiciones de probar su “maternidad por encargo”.

Pero el artículo 374 complica aún más los casos de maternidad subrogada o maternidad gestante cuando la mujer sea casada pues: “El hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo de otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido y por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es hijo suyo,” o sea, que para que el padre que encargó un niño a mujer casada pueda reconocerlo, se requerirá de un juicio previo en el que se declare por sentencia que el cónyuge de la mujer no es el padre.

#### *B. Impugnación de la paternidad cuando la madre subrogada o gestante está casada*

Las presunciones<sup>14</sup> se encuentran establecidas en el artículo 324: “Se presumen hijos de los cónyuges: Los hijos nacidos dentro de matrimonio; y los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio... pero la presunción admite como prueba en contrario, aquellas que el avance de los conocimientos científicos pueda ofrecer”.<sup>15</sup>

Si el marido puede demostrar que su cónyuge se prestó a una maternidad subrogada o gestante, está en condiciones de demostrar con una prueba genética que no es el padre del niño que nazca.

Sin embargo el artículo 326 expresa: “El cónyuge varón... tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos”.

<sup>14</sup> “Ante la imposibilidad de determinar con certeza cuál fue la relación sexual generadora de una concepción, el derecho creó una serie de presunciones, justificadas ante la necesidad de asegurar la filiación del hijo dentro del matrimonio y de atribuirle un estado jurídico”, Brena Sesma, Ingrid, “La determinación de la filiación con base en la prueba genética, repercusión en ciertos derechos humanos”, *El derecho y la salud. Temas a reflexionar*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 85-98.

<sup>15</sup> Artículo 325 del Código Civil del Distrito Federal.

Al parecer este artículo no se refiere a la maternidad subrogada, sino a la inseminación artificial o fertilización *in vitro* con donante ajeno a la pareja, pues el término “conciba su cónyuge” no permite inferir si la cónyuge fue quien donó el óvulo o la que gestará el embrión y el precepto señala que cuando autorizó las técnicas de fecundación asistida no podrá impugnar la paternidad.

En el caso de la maternidad subrogada es al revés, aun cuando haya autorizado las técnicas de fecundación asistida en su esposa para que sea madre o gestante, no fue intención del cónyuge aceptar una paternidad y en tal caso debería estar autorizado para impugnarla.

### *C. Parentesco que se genera con la maternidad subrogada*

El artículo 293 prescribe:

El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común. También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora. Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida.

Este precepto permite que se establezca parentesco entre el hombre y la mujer que solicitan una maternidad subrogada o gestante y el niño que nazca, pero este precepto por sí sólo no es suficiente para resolver los conflictos jurídicos que puedan generarse con la práctica de este método de fertilización. Hay que tomar en cuenta que, cuando la maternidad subrogada o gestante se lleve a cabo entre miembros de una misma familia, las líneas de parentesco se verán completamente trastocadas. A modo de ejemplo, referimos el caso de una mujer que aporta su óvulo el cual es fertilizado con el semen de su pareja, pero quien lleva a cabo la gestación es su madre o su hermana, el resultado es que la abuela o la tía del menor es, al mismo tiempo, la madre que lo parió.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> Recientemente el periódico *Reforma* del 25 de julio de 2010, Sección Vida, p. 19, reportó el caso de un hombre que logró su paternidad gracias a una donante de óvulo y a la

#### D. Actas de nacimiento de los niños nacidos por maternidad subrogada o gestante

La calidad de madre reside en el hecho biológico de la procreación pero su establecimiento jurídico se realiza a través del levantamiento de las actas de nacimiento.<sup>17</sup> Rojina Villegas ha expresado: “La maternidad supone dos elementos: uno, el hecho del parto; otro la identificación entre el ser que da a luz en el parto y el que después pretende serlo”.<sup>18</sup>

El artículo 54 describe las formalidades necesarias para levantar las actas de nacimiento:

El certificado de nacimiento deberá ser suscrito por médico autorizado para el ejercicio de su profesión o por la persona que haya asistido al parto..... Dicho certificado hace prueba del día, hora y lugar de nacimiento, sexo del nacido y de la maternidad. En caso de no contar con certificado de nacimiento, el declarante deberá presentar constancia de parto...<sup>19</sup>

Este precepto determina que la maternidad se pruebe con el certificado de nacimiento o en su defecto con la constancia de parto, que es el acontecimiento evidenciable de la maternidad. Para la legislación vigente, la mujer que da a luz es la madre, y quien encargó al infante no tiene fundamentos para acreditar su maternidad alegando un contrato privado de maternidad subrogada o gestante, el cual no sólo carece de reconocimiento como fuente de filiación, sino que está prohibido por el artículo 338 del Código Civil.<sup>20</sup>

El mismo Código Civil determina en el artículo 43: “No podrán asentarse en las actas ni por vía de nota o advertencia, sino lo que deba ser

---

gestación del embrión por su propia madre, las técnicas se llevaron a cabo en el Instituto de Medicina reproductiva.

<sup>17</sup> La filiación de los hijos se prueba con el acta de nacimiento nos describe el artículo 340 Código Civil Distrito Federal.

<sup>18</sup> Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 600.

<sup>19</sup> Cuando por causas de fuerza mayor, se cuente con certificado de nacimiento o constancia de parto, deberá presentarse denuncia de hechos ante el Ministerio Público donde se haga constar las circunstancias de los hechos.

<sup>20</sup> La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por tanto no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromisos en árbitros”. Artículo 338 del Código Civil.

declarado para el acto preciso a que ellas se refiere y lo que esté expresamente prevenido en la ley”, y en el artículo 46 que: “La falsificación de actas y la inserción en ellas de circunstancias o declaraciones prohibidas por la ley, causarán la destitución del Juez del Registro Civil, sin perjuicio de las penas que la ley señale para el delito de falsedad y de la indemnización por daños y perjuicios”.<sup>21</sup>

Además, de acuerdo con el artículo 203 del Código Penal; se impondrán de uno a seis años de prisión y de cien a mil días multa, al que, con el fin de alterar el estado civil, *presente a registrar a una persona, asumiendo la filiación que no le corresponda*.<sup>22</sup>

Sin un cambio legislativo que establezca la posibilidad de levantar un acta de nacimiento a partir de un documento que pruebe la maternidad subrogada o gestante, existe el riesgo para quienes tienen obligación de declarar el nacimiento, entendiéndose el padre y la madre o cualquiera de ellos y los demás que enumera el artículo 55,<sup>23</sup> de que se les apliquen las sanciones antes mencionadas en caso de descubrirse que declararon como madre a quien encargó al infante y no a quien lo parió. El mismo riesgo corren los médicos autorizados para el ejercicio de su profesión o la persona que haya asistido el parto si llegaran a firmar un certificado de nacimiento con datos falsos.

Por ello, insistimos en que al tiempo que se permitan legalmente las prácticas de maternidad subrogada o gestante, el Código Civil para el Distrito Federal deberá ser reformado para establecer formas especiales de levantamiento de actas de nacimiento a partir de documentos probatorios de la maternidad subrogada o gestante y éstos casos sean considerados como de excepción, en los términos del artículo 39 del Código Civil.

#### E. *¿Se puede sustentar la maternidad subrogada en contratos privados?*

En los países en los que se permiten los procedimientos de maternidad subrogada o gestante, las condiciones, circunstancias, obligaciones, de-

---

<sup>21</sup> Artículo 46 del Código Civil.

<sup>22</sup> Sin embargo, el mismo artículo expresa: “el juez podrá prescindir de la sanción, si el agente actúa por motivos nobles o humanitarios”.

<sup>23</sup> “...a falta de éstos, los ascendientes en línea recta, colaterales iguales en segundo grado y colaterales desiguales ascendiente en tercer grado”, artículo 55 del Código Civil.

rechos y demás efectos, de las prácticas se establecen en contratos privados. Esta solución es muy discutible en México, de acuerdo con nuestra normativa actual.

Determinar el objeto del contrato podría ser el primer problema, ¿se trata de un contrato de hacer, de no hacer o de dar? ¿El objeto indirecto será el útero de una mujer, el niño que nazca o, como algún autor señala, la capacidad gestacional de una mujer?<sup>24</sup> La validez del contrato es también cuestionable si consideramos que el cuerpo humano no puede ser objeto de contrato,<sup>25</sup> o si el fin del mismo no se considera lícito y, por tanto, se declara su inexistencia o nulidad. Y si se formulara esta declaración ¿qué pasará con los efectos producidos?, entre ellos, el embarazo y sus posibles riesgos, o los niños nacidos. Desde luego, no podríamos pensar en una destrucción retroactiva.

Éstos son sólo algunos de los problemas que pueden generarse y que de hecho se han originado en países en donde es práctica corriente la celebración de contratos de maternidad subrogada. Pero el principal cuestionamiento radica, creo, en determinar si el establecimiento de la filiación de los niños que nacieran puede quedar sujeto a la voluntad de las partes, o por el contrario, la maternidad subrogada o gestante debe ser considerada como una nueva figura jurídica con su propia naturaleza y como tal debe ser regulada expresamente por la ley.

De acuerdo con nuestra legislación vigente, el artículo 6o. del Código Civil para el Distrito Federal expresa: “La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla ni modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero”.

La filiación es un asunto que se circunscribe a derechos privados, y por tanto podrá alterarse o, por el contrario, ¿es de tal importancia para la sociedad que su alteración afectaría el interés público? La respuesta la proporciona el mismo Código en su artículo 138Ter: “Las disposiciones que se refieren a la familia son de orden público e interés social y tienen por

<sup>24</sup> Alarcón Rojas expresa que: “el interés que se disciplina no es el embrión ni el útero de la gestante, porque lo que en verdad ésta hace, es utilizar a favor de la comitente su capacidad biológica de gestar.”... La capacidad y la relación de la maternidad constituye el objeto del negocio jurídico. Alarcón Rojas, *op. cit.*, pp. 134-136.

<sup>25</sup> Nuestra legislación permite la donación de órganos y tejidos pero ésta se encuentra regulada en forma precisa por la Ley General de Salud.

objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad”. Concretamente, respecto a la filiación, el artículo 338 expresa: “La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros”.

De modo que de acuerdo con las disposiciones referidas, actualmente no cabe la posibilidad de celebrar contratos privados de maternidad subrogada pues éstos alteran la relación de filiación considerada como de orden público e interés social. El contenido de unas cláusulas contractuales y el propósito de las mismas no deben quebrantar a las normas legales, ya que en su respeto se sustenta el orden jurídico y la paz social; por ello, un contrato que contradice lo establecido en las leyes no habrá de tener validez, será nulo.<sup>26</sup> En el mismo sentido, Yolanda Gómez expresa:

Los pactos de contrato de maternidad subrogada carecen de validez porque los negocios jurídicos relativos a derecho de familia están sustraídos a la autonomía de la voluntad de las partes por el interés público y los imperativos éticos y la función social que los preside de manera que las renunciadas transacciones quedan como reglas generales prohibidas en las relaciones del estado familiar.<sup>27</sup>

Otro argumento en contra de estos contratos privados es la consideración al interés superior del niño o niña que nazcan producto de las prácticas de maternidad subrogada. El amparo del menor es de tal importancia para la comunidad que representa uno de sus valores y objetivos, de modo que el interés que puedan tener los implicados trasciende de la esfera privada para convertirse en un interés de la sociedad y del Estado.

Con base en estos razonamientos consideramos que tanto la maternidad subrogada o la gestante como sus efectos no deben concretarse en un simple negocio privado, sino que es necesaria una regulación específica en el Código Civil. Corresponde a este ordenamiento determinar los cambios en la forma de probar la filiación, además la participación de la

---

<sup>26</sup> Bejarano, Manuel, *Obligaciones civiles*, México, Harla, Colección Textos Jurídicos Universitarios, 1980, p. 112.

<sup>27</sup> Gómez, Yolanda, *El derecho a reproducción humana*, Madrid, Marcial Pons, 1994, pp. 26 y 138.

autoridad para comprobar el cumplimiento de todos los requisitos. Se sugiere la intervención de un juez encargado de garantizar la protección a los intereses de todos los involucrados, gestante y solicitantes y, en especial los del menor, tanto si se producen los resultados deseados como si se presentara alguna eventualidad.<sup>28</sup>

#### 4. Justificación de la maternidad gestante

Debe reconocerse que quienes acuden a las prácticas de la maternidad subrogada o gestante lo hacen inspirados en el deseo de ejercer sus derechos reproductivos, del mismo modo que quienes procrean de una manera natural. Existen casos en los que la maternidad subrogada o gestante es el único medio al alcance de una persona o una pareja para tener un hijo cuando ellos mismos no lo pueden engendrar biológicamente o la mujer médicamente carece de la posibilidad de llevar a cabo un embarazo a buen término.<sup>29</sup> El afán de dar continuidad a su genética los lleva a intentar la oferta de técnicas ofrecidas por la ciencia que mejor se adapten a su problema. En vez de adoptar niños que les son ajenos, prefieren procrear con los gametos de la pareja, o al menos con los de uno de ellos.<sup>30</sup>

Pareciera que existe una justificación a la maternidad por sustitución en la gestación cuando esta práctica sirva de instrumento para hacer efectivo el derecho a la reproducción<sup>31</sup> garantizado en la Constitución.<sup>32</sup> Los solicitantes serían los padres biológicos que estarían haciendo efectivo su derecho a reproducirse, auxiliados por una mujer encargada de gestar el embrión que la madre biológica no puede anidar.

En cambio, si la mujer solicitante no aporta su óvulo, no puede alegar su derecho reproductivo porque carece de la posibilidad biológica para

<sup>28</sup> Tal sería el caso de malformaciones o enfermedades genéticas del menor o la probabilidad de partos múltiples.

<sup>29</sup> La infertilidad puede ser causa de repercusiones mayores sobre los individuos y las parejas a todos los niveles de sus vidas, conduce a perder la autoestima y emerge un sentimiento de culpabilidad y a lo mejor la separación de la pareja.

<sup>30</sup> Lozano Estivalis, María, *op. cit.*, p. 94.

<sup>31</sup> Cualquier otro motivo sería ilícito. La vanidad, la estética, homosexualidad, circunstancias laborales o condiciones económicas no pueden ser motivos que induzcan a la comitente o a la gestante a la celebración de un negocio jurídico. Alarcón Rojas, *op. cit.*, p. 134.

<sup>32</sup> *Idem.*

reproducirse,<sup>33</sup> quien se está reproduciendo, en cambio, será quien aporte su óvulo y si además la gestante será la madre. Nos preguntamos si ¿la legislación debe auspiciar que una madre entregue a su hijo en forma altruista o, pensando en forma realista, mediante un pago en una convención enmascarada en una maternidad subrogada?

## 5. Otros intereses que también merecen ser protegidos

En los procedimientos de maternidad subrogada o gestantes intervienen las mujeres que aportarán o no sus óvulos, pero que en todo caso son quienes soportarán el embarazo y el alumbramiento, con todos los riesgos y contingencias que pueden presentarse. La regulación sobre estas prácticas debe contemplar una garantía de que los solicitantes se harán responsables por los daños o perjuicios que pudiera sufrir la gestante a causa del embarazo o alumbramiento.

Respecto al menor que nacerá, algunos sectores de opinión consideran que quienes solicitan la maternidad lo hacen guiados por el deseo de tener un hijo. No se trata, en este caso, de un hecho que ocurra en forma natural, sino que el nacimiento del niño se convierte en un acto de voluntad, lo cual favorecerá el sentido de responsabilidad frente al bienestar del menor.

Sin embargo, también existen datos reales de que los resultados de los procedimientos no son siempre tan sencillos. Se reportan casos de madres biológicas o gestantes que después del parto se niegan a entregar a su hijo a la familia que lo encargo, o los de rechazo tanto de la madre biológica como de quienes encargaron al niño, en el caso de que éste presente alguna enfermedad grave o malformación. Estos problemas han sido llevados a los tribunales de los lugares en donde se han permitido los contratos de subrogación, con los consiguientes daños psicológicos para los niños.

## 6. Conclusión

La falta de legislación en nuestro país está generando que muchas mujeres en edad reproductiva acepten ser gestantes y en, no pocos casos, ceder su óvulo para la fertilización *in vitro* para posteriormente entregar

---

<sup>33</sup> Tampoco se puede alegar un derecho a la reproducción cuando el donante de los gametos masculinos sea un tercero ajeno a la pareja.

a sus hijos a la pareja que se los pidió. Esta práctica generalizada nos hace pensar lo inútil de cerrar los ojos ante una realidad.<sup>34</sup> Si objetamos la maternidad subrogada creemos que la subrogación en la gestación no es necesariamente algo malo, la sociedad debe adaptarse a los cambios tecnológicos, en especial cuando pueden resolver problemas de infertilidad, en todo caso, es mejor sentar unas bases comprensivas hasta que los consensos emerjan.<sup>35</sup>

En este estudio se han presentado las principales incidencias que las prácticas de maternidad subrogada o gestante ocasionan en las instituciones de derecho de familia, en especial en la filiación y parentesco, así como los efectos que tiene en el estado civil de las personas. También se han señalados los cuestionamientos a la posibilidad de modificar la filiación con base en contratos privados. La decisión de una pareja de acceder a la maternidad subrogada es, desde luego, una decisión de carácter íntimo, como lo es cualquier opción reproductiva, pero corresponde a la sociedad en su conjunto articular los medios necesarios para que las decisiones que tomen los involucrados sean libres y con las suficientes garantías para evitar cualquier tipo de abusos.

Se recomienda prohibir la maternidad subrogada, y en el caso de aceptarse la maternidad por gestación se requiere necesariamente de la previa tipificación legal y la intervención de la autoridad pública. Así como al juez le corresponde verificar que los requisitos y procedimientos para la adopción se cumplan, del mismo modo debería atribuirse a esta autoridad la facultad para revisar las solicitudes de maternidad subrogada o gestante, comprobar el cumplimiento de requisitos y dictar la resolución correspondiente.

No es éste el espacio para formular una propuesta general, pero se recomienda una legislación en la que los intereses tanto privados como públicos sean ponderados, se eviten abusos y, desde luego, se reconozcan los principios que una sociedad determinada quiere hacer prevalecer.

---

<sup>34</sup> Laure Camborieux considera que, la prohibición actual a la maternidad subrogada en Francia debe enfrentar la verdad. Es totalmente ingenuo desconocer la realidad. Una prohibición debe respetarse, ser justa justificable y eficaz, la prohibición a la maternidad subrogada no cumple con esos criterios. Opinión expresada en el reporte de la Asamblea Nacional de Francia, *op. cit.*, p. 130.

<sup>35</sup> Garrison, Marsha, *op. cit.*, p. 852.