

- SEARLE, J., *The Construction of Social Reality*, Free Press, New York, 1995.
- SEVERINO, E., *La buona fede. Sui fondamenti della morale*, Rizzoli, Milano, 1999.
- SKINNER, Q., *La libertà prima del liberalismo*, ed. por M. Geuna, Einaudi, Torino, 2001.
- SPALLAROSSA, M. R., *La procreazione responsabile*, en *Trattato di biodiritto*, dirigido por S. Rodotà e P. Zatti: *Il governo del corpo*, Tomo II, pp. 1373-1401.
- SUGAMELE, L., *Il valore economico della procreazione al tempo del biomercato neoliberalista*, en «Ragion Pratica», 2, 2019.
- SUPIOT, A., *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto*, Bruno Mondadori, Milano, 2006.
- TALLACCHINI, M. C., *Habeas corpus? Il corpo umano tra non-commerciabilità e brevettabilità*, en «Bioetica», 1998.
- TAYLOR, J.S. (ed.), *Personal Autonomy. New Essays on Personal Autonomy and Its Role in Contemporary Moral Philosophy*, Cambridge, 2005.
- VALLINI, A., *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*, en «Diritto penale e processo», n. 7, 2014.
- VECA, S., *Cittadinanza. Riflessioni filosofiche sull'idea di emancipazione*, Milano, 2008.
- VEGETTI FINZI, S., *Oscurità dell'origine e bioetica della verità*, in S. Rodotà (ed.), *Questioni di bioetica*, cit., pp. 182-197.
- VENDITTI, V., *Maternità reloaded. Una riflessione sui processi di assimilazione e normalizzazione delle forme alternative di maternità*, en «Politica & Società», n. 3, 2014, pp. 449-465.
- VIROLI, M., *Repubblicanesimo*, Laterza, Roma-Bari, 1999.
- ZANETTI, G., *Filosofía de la vulnerabilidad. Percepción, Discriminación, Derecho*, ed. por F. J. Ansuátegui, Editorial, Dikynson, Madrid, 2020.

ENFOQUE BIOÉTICO DE LA MATERNIDAD  
SUBROGADA EN EL SISTEMA  
JURÍDICO MEXICANO, COMO ACTO  
DE DISPOSICIÓN DEL CUERPO HUMANO

FERNANDO CATAÑO MURO SANDOVAL  
Escuela Libre de Derecho

RESUMEN: En este estudio, se plantean cuestionamientos en torno a la maternidad subrogada, realidad humana en la que el Derecho debe dar respuesta, en un marco de ética y derechos humanos.

RIASSUNTO: In questo studio vengono affrontate alcune questioni riguardo la maternità surrogata, una realtà umana alla quale la legge deve rispondere all'interno di un contesto di etica e diritti umani.

ABSTRACT: in this paper, questionings about surrogated motherhood are stated; human reality to which Law must solve within a frame of ethics and human rights.

PALABRAS CLAVE: Filiación, maternidad, paternidad, familia, derechos humanos.

PAROLE CHIAVE: Filiazione, maternità, paternità, famiglia, diritti umani.

KEY WORDS: Filiation, paternity law, family, human rights.

I. INTRODUCCIÓN

El mundo actual, con la diversidad de actividades en las que incursiona la ciencia y la tecnología, con las múl-

tiples expectativas que abre el conocimiento humano, con los anhelos siempre crecientes y siempre cambiantes del individuo, reclama respuestas del Derecho, en tanto sistema normativo social llamado a dar cauce y posibilidad a los objetivos lícitos, comprensibles y sensibles del individuo.

Individuo que, ante todo, se debe a una colectividad, como único entorno en el cual puede ver satisfechas sus aspiraciones y frente a la cual tiene compromisos éticos y responsabilidades de entorno.

Es claro que la primera y más íntima comunidad es la de la familia, en la que cada cual busca lograr su máxima realización y trascendencia y, dentro de ella, la posibilidad de procrear es una de las aspiraciones más legítimas. Esto, siendo evidente, ha presentado, en los últimos tiempos, algunos desafíos de carácter social, médico, ético, filosófico y, desde luego, jurídico, a través de las técnicas de reproducción asistida. En ellas, convergen conocimiento, vivencia y normatividad y se impone que el ser humano sepa identificar sus límites, posibilidades y compromisos.

Dentro de las opciones que la ciencia puede ofrecer, hay alternativas que, hasta hace relativamente poco tiempo eran impensables y hoy son pragmáticamente posibles, como la maternidad subrogada. Alternativa en la que bien pueden hacerse presentes, por un lado, la siempre deseable solidaridad humana pero, por otro, los riesgos que la soberbia humana y la necesidad económica suelen plantear a la convivencia.

El deseo de ser padre o madre y formar una familia amerita, no obstante los riesgos, poner en análisis a la maternidad subrogada sin por ello dejar de lamentar que sea más fácil hallar preguntas que respuestas. Esa es, en última instancia, la constante de la intimidad humana.

## II. REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y MATERNIDAD SUBROGADA

El avance de la ciencia biomédica y biotecnológica ha generado asombro en muchos temas vinculados a la salud humana, física y mental, como natural resultado de sus elevados alcances y de las grandes expectativas a las que da lugar.

El desarrollo del conocimiento científico ha tenido y tendrá descubrimientos y aportes muy significativos para la calidad de la vida humana, sin embargo, se requiere establecer líneas éticas de conducta en dicha investigación científica y tecnológica que, necesariamente, refieren e implican, a su vez, aspectos filosóficos, políticos, económicos, sociales y jurídicos, dada la complejidad social.

Tan solo como muestra de estos avances científicos se tiene, en el área biomédica, a las técnicas de reproducción asistida cuya diversidad, especialidad y finalidad muestran, por ahora, una gran variedad de opciones biotecnológicas, tales como la inseminación artificial, la hiperestimulación ovárica controlada, la perfusión espermática a oviductos, la fertilización *in vitro*, la transferencia de embriones, transferencia intratubaria de gametos, transferencia intratubaria de embriones o cigotos y, desde luego, la maternidad subrogada, entre otras.<sup>1</sup> En opinión de Héctor Mendoza:

Bajo estas nuevas fronteras de la ciencia, si antes se hablaba de maternidad biológica, como contrapuesta a la legal; es evidente que hoy resulta necesario distinguir no sólo la maternidad biológica, sino también la maternidad genéti-

<sup>1</sup> Para mayor información sobre dichas temáticas, puede consultarse a Pérez Carbajal y Campuzano, Hilda y Rodríguez López, Dina, *Técnicas de reproducción humana asistida. Su repercusión en las instituciones del derecho de familia*. México, Porrúa, 2015.

ca y aquélla por gestación como conceptos distintos que pueden ser disociados.

Como podemos ver, la ciencia médica y sus avances tecnológicos, han abierto la posibilidad de que una mujer que dé a luz no sea la madre genética del niño, dado que el embarazo puede ser el resultado de la donación de un embrión procedente de otra pareja, es decir, de un embrión cuya carga genética sea absolutamente extraña de la mujer que se encuentra embarazada. Lógicamente, este tipo de circunstancias afectan, como lo hemos venido sosteniendo, los conceptos que hasta ahora tenemos de maternidad, paternidad y filiación.

Esto patentiza la urgente necesidad de crear cauces legales que sirvan para regular las relaciones surgidas de estas situaciones. Esta adecuación de la norma a las situaciones contemporáneas resulta de vital importancia en el mundo de la protección de los derechos fundamentales, ya que existen derechos y deberes que pueden ser reclamados.<sup>2</sup>

Sabido es que la realidad humana impone sus tiempos al Derecho, más no por eso es descartable que, una vez regulado el novedoso escenario de la convivencia humana, el propio Derecho moldea a las nuevas realidades, motivo por el cual no puede dejarse de atender y reflexionar acerca de nuestro tema, ya que la práctica de la maternidad subrogada es uno de los importantes dilemas de la sociedad contemporánea, dentro de los derechos y actos de disposición del cuerpo humano.

A la práctica conocida como maternidad subrogada, a su vez, se le ha otorgado diversos nombres, tales como: *útero subrogado*, *portadora gestacional*, *servicio gestacional*,

<sup>2</sup> Mendoza C., Héctor A., *La reproducción humana asistida. Un análisis desde la perspectiva biojurídica*, México, Fontamara, 2011, (Doctrina jurídica contemporánea, número 57), p. 166.

*gestación por substitución*, *portadora substituta*, *madre de alquiler*, *alquiler de vientre*, entre otras, de lo cual se infieren las diferentes ópticas que, respecto de la figura, nos hacen poner en énfasis el cómo lo descriptivo de esas denominaciones no puede sino derivar de la experiencia, cada vez más cotidiana que, indudablemente, se tiene del suceso.

Francesca Puigpelat Martí, hace énfasis en que la normatividad aplicable a las técnicas de reproducción asistida presenta múltiples consideraciones y alcances al puntualizar, junto con Pitch que:

La regulación jurídica de las técnicas de reproducción asistida (TRA) no es uniforme en los países de nuestro entorno cultural. Su análisis y valoración puede hacerse desde varias perspectivas. Si se examinan estas legislaciones desde el punto de vista de su permisividad, es posible hablar de dos modelos: un modelo rígido y restrictivo y un modelo más flexible. El primero es el dominante y es el que adoptan, por ejemplo, las legislaciones de Francia, Alemania, Suiza y Noruega. El segundo es el que inspira las legislaciones inglesa y española. Rigidez y flexibilidad dependerán del grado de imposición de criterios éticos particulares y de un modelo único de relaciones familiares. La ventaja de las leyes más modestas y flexibles, las que no pretenden tanto, es que son más eficaces que las inmodestas.<sup>3</sup>

Como en todos los casos, la legislación es producto humano para vivencias humanas, no puede por tanto existir un solo parámetro ni un único resultado. No cabe, por ello, sino recalcar la conveniencia-necesidad de no evadir la realidad ya existente.

<sup>3</sup> Puigpelat Martí, Francesca, "Bioética, constitución y técnicas de reproducción asistida", en: Casado, María (Editora), *Bioética, Derecho y sociedad*, 2da ed. Madrid, Trotta, 2015, (Colección estructuras y procesos, Serie Derecho), p. 42.

### 1. *¿Qué reglas nos rigen?*

En el sistema jurídico mexicano constituyen ley suprema la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los Tratados Internacionales, celebrados por el Presidente de la República y aprobados y ratificados por el Senado de la República, así como todos los Tratados Internacionales en los cuales nuestro país, México, sea parte en temas de Derechos Humanos.<sup>4</sup>

La maternidad subrogada implica que, a solicitud de una pareja o a petición de varón o mujer, se encomiende la prestación del servicio gestacional a una mujer gestante de un embrión, hasta lograr el nacimiento de un ser humano, el cual será sujeto de filiación con respecto a los solicitantes.

Es importante considerar que esta práctica de la maternidad subrogada, como es conocida, es regulada con diferentes posturas legislativas: existen aquellas que prohíben la práctica de la maternidad subrogada, otras que la autorizan y una tercera opción que consiste en no tener una regulación claramente definida sobre dicha figura, generando un campo de omisión legislativa que ni expresamente la autoriza, ni la prohíbe.

Dentro del ámbito de los derechos humanos implicados en la maternidad subrogada, se incluyen, por un lado, el derecho humano a la reproducción, consagrado en el artículo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por otra parte, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, también

<sup>4</sup> El fundamento constitucional al respecto dice textualmente lo siguiente: "Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas". Asimismo, debe consultarse el artículo primero constitucional.

en ese artículo cuarto, afirma que toda persona tiene derecho a la protección de la salud.<sup>5</sup>

Estos dos derechos fundamentales, el de reproducción y el de salud, son invocados por las parejas, mujeres y hombres, que presentan problemas o enfermedades de salud, tales como: esterilidad, lesiones ginecológicas, infertilidad u otras y que aspiran, con una legítima pretensión, a que se acuda a técnicas de reproducción asistida y, en especial, a la maternidad subrogada para lograr ejercer su derecho a la maternidad o paternidad, como claves de realización personal y trascendencia humana.

El que se consagre en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el derecho a la salud, implica fundamentalmente acciones que deba desplegar el Estado Mexicano para que se atiendan las necesidades de salud física y psíquica de las personas, refiriendo la existencia de no pocos trastornos psicológicos, tales como angustia, miedo, ansiedad, depresión u otros en aquellas parejas, hombres o mujeres, que deseando tener descendencia, no logran su propósito. Cabe puntualizar, desde ahora, que la filiación podrá tener un origen natural o legal, siendo ésta última una vía prevista en nuestro ordenamiento jurídico, a través de la adopción plena.

En la figura o práctica de la maternidad subrogada encontramos sujetos jurídicos capaces que acuerdan sobre su inicio, desarrollo y conclusión. Nos referimos a los solicitantes o futuros padres, madres, pareja de igual

<sup>5</sup> El precepto relativo indica, en su parte conducente, lo siguiente: "Artículo 4o. La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará.

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución [...]"

o diferente sexo, hombre o mujer, quienes albergan la ilusión legítima de convertirse en padres o madres. También encontramos a la mujer que habrá de ser el centro de esta práctica, es decir, la portadora gestacional, en cuyo útero o vientre se alojará a un embrión para efectos de desarrollo gestacional humano y quien decide con ello sobre la disposición de su propio cuerpo.

Aunque enunciemos en último término al embrión, que será implantado en el útero de la madre subrogada, es él mismo que, con el desarrollo natural, adquirirá el carácter de feto, antes de nacer en tanto producto gestacional y luego, el de recién nacido y, por ende, de nueva persona con plenitud de vida y esfera jurídica, necesitado de la máxima protección jurídica posible, aplicando al efecto, el principio y criterio constitucional del interés superior del menor.

Claro está que la aportación de espermatozoides y óvulos para la fecundación *in-vitro* deberá ser realizada por la pareja, varón o mujer solicitantes, o proveniente de donante desconocido, pues en ningún caso podrá ser fecundado el óvulo de la madre substituta, pues entonces estaríamos ante una plena maternidad, habida cuenta de que, en tal caso, ésta última, habría aportado su óvulo y sería, además, la gestadora del *nasciturus*. Claramente, en el Código Civil para el Distrito Federal (ahora Ciudad de México)<sup>6</sup> se establecen las presunciones de los hijos nacidos del matrimonio o concubinato y en ningún caso es factible obligar al varón a impugnar la paternidad, respecto del producto gestado por la mujer, estando ambos unidos en matrimonio.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> En enero de 2016, el Distrito Federal se convirtió, por reforma constitucional, en la Ciudad de México, sin que a esta fecha se haya actualizado la denominación del total de la legislación de la Entidad. De allí que, a lo largo de este trabajo, se haga la aclaración mencionada.

<sup>7</sup> Al respecto, puede consultarse el texto de los artículos relativos del Código Civil para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México), que a continuación se transcriben:

La Ley General de Salud establece que no puede ser objeto de comercio o acto jurídico oneroso la disposición respecto de componentes del cuerpo humano, tales como órganos, tejidos o células germinales. En el implícito ánimo de evitar toda forma de explotación humana, solo admite actos altruistas, tales como la donación de órganos pares, flujos sanguíneos, células germinales u otros componentes del cuerpo, que en ningún caso implicarán, se insiste, actos jurídicos remunerados.<sup>8</sup>

El Código Civil para el Distrito Federal (ahora Ciudad de México) prevé que el parentesco podrá ser establecido en aquellos casos en que las parejas consientan en acudir a técnicas de reproducción asistida para que, a su vez, surja filiación. Cabe resaltar que son realmente

*Artículo 324. Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:*

*I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio; y*

*II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.*

*Artículo 326. El cónyuge varón no puede 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.*

*Artículo 374. El hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo.*

*Artículo 291 Ter. Regirán al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que le fueren aplicables.*

Disponibles en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/fichaOrdenamiento.php?idArchivo=29081&ambito=estatal>, fecha de consulta: 09 de noviembre de 2019.

<sup>8</sup> Es así como lo disponen los artículos 313 y siguientes del título Décimo Cuarto relativo a la Donación, trasplantes y pérdida de la vida, en particular, es conveniente acudir al capítulo segundo, en relación a la Donación de órganos, tejidos, células y cadáveres. Es aquí donde pueden consultarse los conceptos legales de embrión, células germinales, donador o disponente, embrión, feto, receptor, entre otros.

En particular, el artículo 322 de la Ley General de Salud mencionada, destacadamente impone que las donaciones se rijan por los principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y factibilidad.

escasas las disposiciones de dicho cuerpo normativo con relación a las técnicas de reproducción asistida y es, de hecho, carente de norma específica en relación a la maternidad subrogada.

Por otra parte, los Códigos Civiles de las Entidades Federativas de la República Mexicana, tales como los del Estado de Querétaro y San Luis Potosí, prohíben la técnica de reproducción asistida consistente en la maternidad subrogada mientras, por otra parte, los de los Estados de Sinaloa y Tabasco, sí efectúan una regulación permisiva de la maternidad subrogada poniendo con ello de realce la divergencia de posturas posibles acerca del tema.<sup>9</sup>

En las normas constitucionales se reconoce, por su parte, el derecho humano a la conformación familiar y su protección jurídica, partiendo de la igualdad entre mujer y varón, al establecer la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que se protegerá la organización y desarrollo de la familia y que ninguna persona ni su familia podrán ser molestados sino por mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento de que se tratare y, más aún, el Estado mexicano se limita en el supuesto de suspensión de derechos y garantías, a dejar incólume la protección a la familia.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Sobre el particular, el lector puede acudir a los Códigos Civiles o Familiares estatales respectivos, para la revisión de su regulación específica.

En el Código Civil para el Estado de Tabasco, artículo 360 y en el capítulo VI Bis, relativo a La Gestación Asistida y Subrogada, de los artículos 380 Bis a 380 Bis 7.

En el Código Familiar del Estado de Sinaloa, en el capítulo V, De La Reproducción Humana Asistida y la Gestación Subrogada, de los artículos 282 a 297.

En el Código Familiar del Estado de San Luis Potosí, no está ni prohibida, ni permitida, hay omisión legislativa.

En el Código Civil del Estado de Querétaro, en el artículo 400, queda prohibida la maternidad subrogada.

<sup>10</sup> El artículo 16 constitucional, en su primer párrafo, ordena que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones

Diversas disciplinas del conocimiento afirman y reiteran el carácter fundacional de la familia en la estructura social, lo que es natural si se toma en consideración que, en la familia, nacemos, nos educamos, desarrollamos y morimos. Tal es su importancia que el Código Civil para el Distrito Federal (ahora Ciudad de México) considera a las relaciones jurídico-familiares bajo la catalogación de ser de orden público e interés social, en tanto signos de preeminencia dentro de nuestro Derecho mexicano.<sup>11</sup>

Si bien se debate, con justificados argumentos, si la rama del Derecho de Familia corresponde o no al Derecho Privado, es decir, al Derecho Civil, lo destacado es indicar que, hoy por hoy, estas normas del Derecho de Familia, al ser consideradas de orden público, adquieren el carácter de irrenunciables, no admiten pacto en contrario y son imperativas o prohibitivas, lo que les da un carácter preponderante, se insiste, en el sistema jurídico nacional.

Por otra parte, existe el principio rector, en el Derecho de Familia, del interés superior del menor, al amparo del cual se impone priorizar y privilegiar las necesidades del menor, frente a cualquier otro interés o pretensión de los padres o de terceras personas, por considerarse presente una vulnerabilidad y, en consecuencia, una necesidad de respuesta protectora jurídica.

si no media por escrito orden de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento. Por otra parte, el texto constitucional del artículo 29, también establece que, en el caso de suspensión de derechos y garantías, no podrá restringirse ni suspenderse, entre otros, los derechos relativos a la protección de la familia.

<sup>11</sup> El artículo 138 Ter del citado cuerpo normativo indica que: "*Artículo 138 Ter. Las disposiciones que se refieren a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad.*" Disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/fichaOrdenamiento.php?idArchivo=29081&ambito=estatal> fecha de consulta: 09 de noviembre de 2019.

La Convención Americana de los Derechos Humanos también conocida como Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo cuarto, establece el derecho a la vida, aún en el caso de la declaración interpretativa presentada por el Estado mexicano en el tratado en cuestión y, en particular, a dicha disposición, deberá aplicarse la misma en el sistema jurídico mexicano, en tanto, y por otra parte, la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 29, claramente dispone la inalterabilidad de ciertos derechos humanos en caso de que el Estado deba hacer frente, con medidas extraordinarias, a eventos de invasión, perturbación grave de la paz pública o cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, vedando con ello toda restricción al derecho a la vida.<sup>12</sup>

Por otra parte, en opinión de Gisela María Fuentes Pérez, hay que tener en consideración a la Convención

<sup>12</sup> El artículo cuarto mencionado, expresamente dice lo siguiente: "Artículo 4. Derecho a la Vida:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se le aplique actualmente.

3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.

4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.

5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieran menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la Pena de muerte mientras la solicitud este pendiente de decisión ante autoridad competente."

Disponible en: <http://ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D1BIS.pdf>, fecha de consulta: 09 de noviembre de 2019.

de Oviedo, la cual establece principios sobre los derechos humanos y la Biomedicina, con relación a la maternidad subrogada, afirmando que:

Desde un punto de vista bioético es importante analizar la maternidad subrogada, la Convención de Derechos Humanos y Biomedicina, también conocida como "Convención de Oviedo" en la misma se enuncian una serie de principios generales que buscan la protección integral del ser humano, con relación a la maternidad subrogada es importante señalar los siguientes:

- La primacía del ser humano sobre los intereses de la sociedad o de la ciencia (art. 2);
- La prohibición de la selección del sexo en las técnicas de procreación asistida (art. 14);
- La prohibición de la comercialización de productos del cuerpo humano (arts. 21 y 22);

Estos principios deben ser considerados al momento de instrumentalizar la técnica de maternidad subrogada para proveerle contenido ético y moral que protejan a todos los intervinientes del procedimiento, sobre todo a los sujetos más vulnerables como lo son la mujer y el niño que nacerá bajo el multicitado procedimiento.<sup>13</sup>

Como puede apreciarse, es una justificada preocupación evitar que prácticas como la de la maternidad subrogada potencien fines de carácter monetario que son y deben ser por completo secundarios —y mejor aún inexistentes— ante el aspecto humano implícito en las aspiraciones de procreación.

<sup>13</sup> Pérez Fuentes, Gisela María et al, "Derecho Civil y Derecho de Familia: disciplinas unidas por la persona y distinguidas por el interés público", en: Pérez Fuentes, Gisela María et al, *La maternidad subrogada*, México, Tirant lo Blanch, 2017, (Privado), pp. 42-43.

## 2. ¿El servicio gestacional puede ser materia de contrato?

Dentro de los atributos de la personalidad, como es sabido, la capacidad jurídica otorga al sujeto el ser titular de derechos y obligaciones, así como el ejercicio o cumplimiento de los mismos. Sólo aquél que sea capaz, podrá generar actos o negocios jurídicos válidos, sin ser sometido a valoraciones o cuestionamientos de carácter legal o judicial y con efectivas posibilidades de obtener los fines lícitos que haya perseguido con ellos.<sup>14</sup>

La voluntad consciente, expresada en la forma exigida por la Ley, en los actos o negocios jurídicos, va integrando los elementos normativamente requeridos para que se surtan en el mundo jurídico los efectos o consecuencias legales esperados, propuestos o convenidos, siempre y cuando cuenten con la protección del Derecho por estimarlos acordes al esquema de valores comúnmente aceptados o perseguidos en la comunidad.

En el tema de la maternidad subrogada se ha asociado a la condición de madre sustituta, como una portadora gestacional que con frecuencia se encuentra en una condición económica precaria, y que acepta la realización de la gestación sustituta, es decir, el embarazo, para recibir alguna remuneración. Aclaramos, desde luego, que no es el único ni exclusivo supuesto en que se ubica a la madre subrogada, pues bien existen otros casos, en los cuales es exclusivamente una conducta altruista la que guía la decisión de la portadora sustituta.

Sobre el particular, emite opinión Gisela María Pérez Fuentes, en el sentido siguiente:

<sup>14</sup> Sobre el particular, obtiene relevancia para el sistema jurídico mexicano el Decreto de Promulgación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y publicado en el Diario Oficial de la Federación, el día 2 de mayo de 2008, así como las tesis de jurisprudencia sobre el tema emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

También existen autores que consideran que la maternidad subrogada no presenta ningún problema ético ni moral, ya que son las personas mayores de edad quienes ejerciendo sus derechos como seres humanos libres y autónomos pactan este tipo de procedimientos sin perjudicarse ni perjudicar a terceros.

Esta posición es un tanto utópica, ya que si bien es cierto que es una decisión de adultos libres y autónomos, también es cierto que intervienen intereses y derechos de otros sujetos como es el caso de los niños que nacerán como consecuencia de este tipo de procedimientos, por ello la libertad de decisión que tenemos como seres humanos tiene límites sobre todo —en este tema específico— tratándose de la generación de vida humana, además se debe prever la posibilidad de que el futuro hijo presente malformaciones genéticas o algún tipo de enfermedad, y en este caso ¿qué sucedería con el “deseo” de los padres a reproducirse?, ¿seguirá siendo su deseo el mismo que al inicio del procedimiento?, además, muchas parejas heterosexuales acuden a este tipo de procedimiento no por presentar algún obstáculo para la procreación sino por el simple hecho de querer un “hijo bonito”, que tenga las características físicas e intelectuales que ellos desean, lo cual es un tema éticamente cuestionable”.<sup>15</sup>

En los supuestos en los cuales la madre sustituta acepta el embarazo mediando una retribución o compensación económica en virtud de su condición de precariedad económica, bien puede cuestionarse si existe una voluntad libre y ajena de vicios del consentimiento o, por el contrario, se puede dar la lesión. En

<sup>15</sup> Pérez Fuentes, Gisela María *et al*, “Derecho Civil y Derecho de Familia: disciplinas unidas por la persona y distinguidas por el interés público”, en: Pérez Fuentes, Gisela María *et al*, *La maternidad subrogada*, México, Tirant lo Blanch, 2017, (Privado), p. 44.

paralelo pueden existir también, por desgracia, fines egoístas en quienes desean la procreación. Es la naturaleza humana.

La ineludible pregunta es: ¿Es ético aprovecharse de la condición de precariedad de otro? Esa mujer, la madre gestacional, en su dignidad, debe ser protegida en todo momento por el derecho, más aun teniendo en consideración que, al decidir disponer de su propio cuerpo, para someterlo a una condición física que no por fisiológica está exenta de patologías cuyo pronóstico no puede anticiparse como favorable, exitoso o de final normalidad y plena en salud. Cabe aquí llamar la reflexión realizada por Pablo de Lora y Marina Gascón:

Para un crítico de los planteamientos liberales como Michael J. Sandel, hay dos grandes estrategias argumentativas con las que oponerse a un mercado como el de los "servicios de gestación". La primera nos recuerda que, dadas las condiciones sociales subyacentes, no hay un consentimiento genuino por parte de quienes se ofrecen como madres sustitutas.

Esa desigualdad provoca que sean las mujeres las más desaventajadas quienes acaben prestando estos servicios, y lo hacen, en el fondo, porque no tienen alternativa. Este argumento que Sandel denomina "argumento de la coerción", no es en realidad una objeción de principio a la maternidad de alquiler: si las condiciones fueran otras —las de una sociedad igualitaria—, no habría razones para impedir el intercambio de gestación por dinero.

Sí es una objeción de principio, en cambio, la apelación a que los mercados tienen un efecto degradante sobre las cosas o sobre quienes participan en el intercambio. El noble —para algunos milagroso o mágico— acontecimiento de la maternidad y su fruto resultan así mancillados al permitir que se conviertan en un objeto mercantil: "paternidad", "maternidad" y "crianza de los hijos" se tornan

en venta de esperma, maternidad de alquiler y venta de niños. Esta estrategia argumentativa, a la que Sandel etiqueta como "argumento de la corrupción", se presenta a veces bajo la idea de que hay cosas que no se deben hacer por dinero, aunque sí por otras razones o motivos".<sup>16</sup>

El planteamiento antes descrito es cierto: el factor económico es capaz de opacar las más nobles aspiraciones, haciendo imperativo que el derecho despliegue todas sus alertas en contra de procedimientos tendientes a desvalorar al ser humano. Esto abre una serie de interrogantes para las cuales nos permitimos proponer ciertas opciones reflexivas.

¿Qué sucede si el estado de embarazo genera a la prestadora gestacional complicaciones de salud? Ciertamente, las complicaciones pueden ser mínimas o en su caso graves, Por ello, en caso de aceptarse un contrato de maternidad subrogada, que se pretenda darle algún contenido obligacional, deberá ser considerado como un contrato aleatorio, por ello, los solicitantes del servicio gestacional, en su caso, deberán prever, para la válida celebración, que se harán cargo de proveer los alimentos a la prestadora gestacional. Dentro del concepto jurídico de alimentos deberá, entonces, incluirse, la asistencia médica, hospitalaria, gastos de embarazo y parto y, para todo ello, también debiera contratarse un seguro de gastos médicos mayores.

¿Qué sucede si la mujer gestadora sustituta muere con motivo del embarazo o parto? Debiera existir una responsabilidad civil contractual de los solicitantes del servicio gestacional y el pago de daños y perjuicios a los sucesores de la finada gestadora sustituta. Para ello, podría en su caso, contratarse un seguro de vida. Si la ges-

<sup>16</sup> Lora, Pablo de y Gascón, Marina, *Bioética, principios, desafíos, debates*, Madrid, Alianza, 2008, pp. 86-87.

tadora sustituta muere y, a su vez, tuviese, hijo o hijos menores de edad, los solicitantes de la maternidad subrogada deberán asumir la obligación solidaria del pago de los alimentos de los huérfanos resultantes.

¿Qué sucede si la portadora sustituta adquiere una discapacidad orgánica funcional derivada del embarazo o parto? Los solicitantes del servicio gestacional deberán asumir el pago de una pensión vitalicia para sufragar los medicamentos, tratamientos médicos y estudios clínicos necesarios para controlar o remediar el padecimiento generado a la madre subrogada. Claro que es factible prevenir un conflicto de carácter judicial para la determinación del origen del padecimiento, pero sería poco ético dejar a su suerte a la portadora gestacional afectada, quien dio satisfacción a la pretensión de maternidad o paternidad de sus solicitantes.

¿La portadora gestacional podrá ser una mujer casada? La respuesta es nunca, como tampoco podrá ser la aportante del óvulo fecundado, habida cuenta de las terminantes disposiciones legales en torno a la filiación, en cuya virtud no es posible, en primera instancia, que el hijo de una mujer casada sea reconocido por un hombre diverso del marido y de que la condición de hijo no puede perderse sino mediante sentencia ejecutoriada.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> No basta una reforma legal al respecto pues con independencia de la proyección de los derechos de la mujer y su propuesta feminista, mediante la cual considera a la mujer como un ente autónomo, lo cual es destacable y positivo, la condición de mujer casada con varón implica la preexistencia del vínculo matrimonial, mismo que en su contexto de acto jurídico familiar implica y conlleva la observancia de las normas y disposiciones legales que le son aplicables. El día 18 de febrero de 2020 la diputada del Congreso de la Ciudad de México, Esperanza Villalobos Pérez, integrante del grupo parlamentario del Partido Movimiento de Renovación Nacional, en la primera legislatura del Congreso de la Ciudad de México, presentó la iniciativa como proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada de la Ciudad de México, misma iniciativa que a la fecha no ha sido aprobada y que contiene una propuesta deficiente, e imprecisa, pues en el artículo 18

También surgen importantes cuestionamientos en los ámbitos laboral y de seguridad social, por los siguientes supuestos:

La madre sustituta puede tener la condición de trabajadora, obrera, empleada, ejecutiva o cualquier otra que implique una relación laboral. Bajo esta situación, puede, en todo momento, aceptar la gestación sustituta, al no haber regla, norma o disposición legal que lo prohíba. Sin embargo, las complicaciones en salud, por el período gestacional y las incapacidades por maternidad otorgadas por las normas laborales y de seguridad social tendrán efecto respecto de las aportaciones o cuotas a cargo del patrón y con un costo al erario público, por los servicios de salud pública implicados.

Por otra parte, una vez acontecido el parto, también las prestaciones laborales quedarán a cargo del centro de trabajo respectivo. Ante estos escenarios, los solicitantes de la maternidad subrogada deberán asumir el pago de las cuotas de seguridad social correspondientes.

Debemos destacar que en la legislación de la Ciudad de México, en el Código Penal, artículo 144, se prevé la interrupción legal del embarazo como la decisión de la mujer de poner término al mismo a más tardar hasta la décimo segunda semana de la gestación, lo cual, para el tema de la maternidad subrogada que nos ocupa, traería implicaciones y complicaciones legales entre los participantes, incluso para aquellos supuestos en los cuales se tuviese noticia de alguna malformación o enfermedad

textualmente se propone: *“En el otorgamiento del consentimiento para la práctica de la Maternidad Subrogada, el Matrimonio Asistido y la Mujer Gestante, deberán cubrir los siguientes requisitos, con independencia de los que establezca la presente Ley... Fracción VI. De ser el caso, la Mujer Gestante informe a la persona con la que esté unida en matrimonio o concubinato la intención de participar en la práctica médica de la Maternidad Subrogada para que manifieste lo que a su derecho convenga...”*

que presente el embrión hacia la época de desarrollo gestacional mencionada.<sup>18</sup>

Todo lo anterior es útil para poner de manifiesto la temática colateral a la maternidad subrogada, como ambientes en los cuales el derecho debe desenvolverse y desarrollar la normatividad necesaria. Es por eso que, en el ámbito internacional se han presentado litigios en los cuales se cuestiona la validez de acuerdos sobre gestación sustituta, según lo describe Gisela María Pérez Fuentes:

Para ilustrar la importancia y consecuencias de prevenir la trata de personas a partir del procedimiento de maternidad subrogada, se destaca un caso que tuvo lugar en Vancouver en el año 2010. Una pareja contrató a una madre de alquiler para gestar a un embrión obtenido de sus gametos. Antes de cumplirse el primer trimestre, los donantes fueron informados de que el feto padecía el síndrome de Down por lo que decidieron que se abortara. Sin embargo, la madre subrogada se negó a que se practicase el aborto. Esta situación generó un conflicto relativo a la interpretación del contrato. Las alegaciones de una y otra parte (sobre el necesario control de calidad del producto y resultado final, objeto contratado, derechos adquiridos, etc.) pusieron en evidencia la triste realidad del proceso de cosificación del hijo. La situación antes expuesta nos muestra como puede ser lesionada la dignidad y derechos fundamentales del ser humano cuando el procedimiento

<sup>18</sup> El referido proyecto de Decreto por el que se presenta la propuesta de Ley de Maternidad Subrogada en la Ciudad de México, en el título segundo de la Maternidad Subrogada, Capítulo Primero de la mujer gestante y el matrimonio asistido, en el artículo 6, establece entre los derechos de la mujer gestante, en la fracción IV, el derecho a la interrupción del embarazo hasta antes de la décima segunda semana de gestación como lo dispone el Código Penal para el Distrito Federal (ahora Ciudad de México), mismo proyecto que no ha sido aprobado por el Congreso de la Ciudad de México. (agosto 2020).

de maternidad subrogada no se instrumentaliza protegiendo en todo momento a la persona humana, ya que la vida es el primer y más esencial de todos los derechos humanos y en ningún caso y por ningún motivo podemos disponer de ella, pues el mundo no es una tienda donde los seres humanos pueden ser comprados y vendidos y en caso de algún "defecto de fábrica" devueltos o cambiados por otros.<sup>19</sup>

Lo descrito hasta ahora orienta a los posibles acuerdos o pactos que deberían ser considerados o valorados en la contratación de maternidad subrogada, sea con carácter remunerativo o altruista, pero ¿cuál será el objeto del contrato?

La implantación de un embrión en el útero de la madre gestacional, pareciera *un algo*, un objeto. No es así. Es un *nasciturus*. ¿Esas células germinales pueden ser objeto de contrato? Conforme a la Ley General de Salud no pueden ser objeto de contrato oneroso, remuneratorio o económico, pues los componentes del cuerpo humano no se encuentran en el comercio.

Ante la existencia de cuerpos normativos en la República Mexicana que permiten y regulan la maternidad subrogada y su contratación, consideramos que exceden por ahora las normas constitucionales y leyes reglamentarias sobre la materia. Estamos en un campo de contratación relativo al orden del Derecho Familiar que sobrepasa el concepto del simple acuerdo de voluntades, dada la presencia de normas de orden público e interés social que no admiten pacto en contrario. Precisamos, el propósito de la maternidad subrogada conlleva la finalidad de generar la filiación en favor de los solicitantes del ser-

<sup>19</sup> Pérez Fuentes, Gisela María *et al*, "*Derecho Civil y Derecho de Familia: disciplinas unidas por la persona y distinguidas por el interés público*", en: Pérez Fuentes, Gisela María *et al*, *La maternidad subrogada*, México, Tirant lo Blanch, 2017, (Privado), pp. 46-47.

vicio gestacional con respecto al recién nacido. Las posturas o argumentos que niegan este efecto jurídico, lo realizan destacando que la maternidad subrogada, implica que el recién nacido tuvo vida intrauterina —con sus propios signos vitales—, derivada de los componentes fisiológicos aportados por la mujer gestante y su vinculación con ella, y por ende, la filiación se predica en favor de la madre gestante.

En opinión de Pablo de Lora y Marina Gascón, existen legislaciones de países como Israel y Gran Bretaña que han acogido la práctica de la maternidad subrogada, si bien habrá que considerar que ante su existencia:

En Gran Bretaña, por otro lado, el contrato de maternidad por sustitución permite el pago de los “gastos razonables” a la madre de alquiler, sin que haya límite o concreción alguna a esa “razonabilidad”. No es aventurado decir por ello que en la práctica se trata de contratos onerosos, aunque la ley británica sí es taxativa en la prohibición de la intermediación. Por otro lado, el contrato no garantiza la filiación del menor a la pareja que contrata con la madre de sustitución, es decir, no es un contrato ejecutable en sus propios términos, lo cual hace que, lógicamente, el servicio se preste a un precio muy reducido por el alto riesgo de que una de las partes no obtenga lo que desea [...]

En conclusión, Israel, pero sobre todo Gran Bretaña, han promulgado leyes más favorecedoras de la autonomía de la voluntad que la mera e irrestricta prohibición “moralista” que pervive en nuestra legislación sobre reproducción asistida, y es que sobre esta materia, como sobre otras semejantes en las que es controvertible que la conducta sea indigna o lesiva para uno mismo, nos parece que no cabe dejar de atender a las consecuencias de leyes que, a partir de objeciones de principio o de la atribución de maldad intrínseca a la transacción, se decanta

por declarar nulos tales acuerdos (piénsese también en el intercambio de sexo por dinero). Esa opción puede generar resultados contraproducentes si finalmente se traduce en la desprotección absoluta de quienes, en todo caso, van a vender sus servicios como madres de alquiler. En tal caso, es preferible aparcarse nuestras convicciones íntimas sobre la deseabilidad de tales oficios e inclinarnos por proteger tanto como sea posible los intereses de quienes optan, tal vez equivocadamente, por esos trabajos.<sup>20</sup>

La opinión anterior se destaca por las condiciones de la naturaleza humana: No siendo factible negar una realidad que se impone, lo correcto es actuar para mitigar los efectos nocivos derivables de sus probables desvíos éticos, al tener una visión meramente pasiva, cuando en la vida diaria se observan casos en los cuales existe un “mercado” dispuesto a atender solicitudes de quienes pueden en ocasiones ocurrir a la maternidad subrogada por mera comodidad de gestación y sin el compromiso sólido de prever los contratiempos de un embarazo y sobre todo el destino del nuevo ser humano gestado.

### 3. ¿Cuáles son los bienes jurídicos protegidos?

Son diversos los derechos humanos a ejercer y proteger en la práctica de la maternidad subrogada, por citar algunos, en relación a los solicitantes de la gestación, se señalan el derecho a fundar una familia, así como los derechos a la reproducción y a la salud. Por otra parte, la mujer gestante, ejerce derechos de la personalidad, tales como intimidad, privacidad, imagen y la disposición del propio cuerpo.

Por lo que se refiere al *nasciturus*, es titular indiscutible del derecho a la vida y una vez nacido, sujeto de la

<sup>20</sup> Lora, Pablo de y Gascón, Marina, *Bioética, principios, desafíos, debates*, Madrid, Alianza, 2008, pp. 93-94.

protección implícita en la noción y principio de interés superior del menor.

Ante la dimensión de tales derechos e intereses, consideramos incorrecta la perspectiva de prohibir la práctica de la gestación subrogada o el dejar un campo incierto por omisión legislativa. Son de tal trascendencia e importancia los derechos concurrentes en la figura o práctica analizada, que el Derecho debe dar respuesta o la mejor opción de solución social a una práctica de reproducción asistida que hasta hace unas décadas era inimaginable pero que hoy se vive. El mundo actual, nos sorprende, asombra e inquieta; si el tema de la maternidad subrogada nos hace reflexionar y valorar sobre la primacía de la vida y la salud, otros temas nos generan a su vez desasosiego, cito sólo uno, por vía de ejemplo, la inteligencia artificial, asimismo aliciente y acicate para el actuar jurídico, y en el campo de la bioética.<sup>21</sup>

Por su parte, Mariana Doberning Gago, opina sobre la regulación de la maternidad subrogada, como a continuación se refiere:

[...] podemos decir que la maternidad subrogada es una realidad, aunque existan países donde no hay legislación al respecto o, lo que es peor, se prohíba, objetivamente existen parejas buscando una mujer que geste a su hijo, el deseo de ser padres va por encima de cualquier limitación que la ley les imponga. Esto se demuestra con los casos que han llegado a los tribunales y, por supuesto, éstos son una mínima parte de la realidad. Lo adecuado, en nuestra opinión, es regular algo que verdaderamente se

<sup>21</sup> Esta segunda nueva década del siglo XXI, nos ha sorprendido con un acontecimiento sanitario mundial, la Pandemia de SARS-COVID-19, que modificó y afectó los entornos de salud pública, económico, laboral, educativo, entre otros. Las nuevas generaciones enfrentarán diversos sistemas educativos y los gobiernos y la sociedad civil, deberán unir esfuerzos para dar continuidad y eficiencia a los procesos educativos y a los demás entornos socio-culturales.

practica aunque la ley lo prohíba; es por esa razón que es indispensable regular y legislar este tema, buscando en todo momento la protección de ambas partes, es decir, la protección de la mujer gestante y, a su vez, la persona o pareja que contrata sus servicios. Un punto muy controvertido, consideramos es que estos acuerdos únicamente pueden ser viables, si hay una compensación de por medio, ya que es la única forma equitativa en la que se puede manejar un contrato de esta índole; de otra forma, una parte estaría abusando de la otra y no se le estaría retribuyendo a la madre subrogada el tiempo invertido en lograr alcanzar el sueño de otra(s) persona(s). Por supuesto que esto debe estar regulado, tratando de prever situaciones complejas, evitando cualquier acontecimiento que pueda llegar a los tribunales, pues, como ya lo hemos analizado, es difícil tener en mente todas las posibilidades y puede suceder algo no previsto.<sup>22</sup>

Consideramos legítima la intención de los solicitantes del servicio gestacional, de pretender la formación de una familia, con lo cual sobrepasa el tema del derecho de reproducción, por ser algo de trascendencia mayor. Ante los profundos cambios sociales, debe ser una preocupación del conjunto humano por preservar y proteger la conformación adecuada de núcleos familiares. Entendemos que, en la actualidad, la integración familiar es muy disímil, pero esos nexos de parentesco y filiación son y serán los que esperamos perduren para la especie humana. Sin esos vínculos familiares ¿en qué nos podríamos diferenciar de los autómatas?

En México, el número de vínculos matrimoniales ha disminuido. Ahora existen en mayor proporción nexos

<sup>22</sup> Doberning Gago, Mariana, "Maternidad subrogada: su regulación", en: Chan, Sara et al (Compiladores), *Bioética y Bioderecho. Reflexiones clásicas y nuevos desafíos*, México, UNAM, 2018, p. 265.

de concubinato, muchos de ellos con calidad transitoria o de temporalidad breve. Por esa razón, la conformación familiar debe ser *per se*, privilegiada en todos los sentidos. Esto es decir que, sin demeritar procesos jurídicos ya consolidados, como la adopción, se busque regular también, lo más adecuadamente posible a la maternidad subrogada en la que existe, implícito, un interés por la vinculación genética con el menor, cuyo nacimiento se procura.

Entonces, nos pronunciamos en el sentido ya señalado, es decir, si la maternidad subrogada procura la consolidación familiar, evitando al máximo los fines de lucro y explotación humana, podemos estar a favor de ella pues, por esa vía, los solicitantes del servicio gestacional, logran ejercer su derecho a la maternidad o a la paternidad conjuntamente con los derechos de reproducción y salud.

Por lo que se refiere a la gestadora sustituta, receptora del embrión, responsable de una gestación saludable y exitosa, hace valer diversos derechos de la personalidad. Como persona capaz, pone en su actuar, en calidad de madre sustituta, todo su ser, no sólo el aspecto biológico sino, a su vez, los aspectos emocionales, psicológicos e, incluso, filosóficos.

La decisión de la mujer gestante de llevar a término el embarazo podrá, sin embargo, fundarse en diversos motivos, causas o circunstancias, algunas de ellas altruistas y otras, desafortunadamente, económicas. La oportuna intervención del Derecho habrá de incentivar los unos y contener o encauzar los otros.

El estatus de mujer gestante conlleva grandes responsabilidades y obligaciones de carácter legal de las que conviene, por certeza y seguridad jurídica, promover su regulación. Pero también, por eso, los derechos inherentes a los cuales es merecedora, entre ellos, el respeto y protección a la intimidad, privacidad, datos personales, imagen, honor y, fundamentalmente, la disposición de su propio cuerpo.

No consideramos adecuado *simplificar* el servicio gestacional a concepciones o frases tales como, *útero subrogado*, *madre de alquiler*, *alquiler de vientre* u otras, que son claramente discriminatorias. La mujer que preste un servicio gestacional debe ser reconocida en toda su dignidad y protegida por los sistemas jurídicos a través de regulaciones normativas que prevean la maternidad subrogada remuneratoria o la altruista, y garanticen una adecuada condición de salud de la misma, así como los posibles efectos secundarios a la referida salud.

Las células germinales, espermatozoides y óvulos, elementos genéticos indispensables para la conformación de genoma humano, al integrar un cigoto, embrión o mórula, dan inicio al proceso de la vida humana que, a su vez, merece la máxima protección.

El *nasciturus*, principio de un ser humano, tiene derecho a la vida y a su plena y absoluta protección jurídica. Por ello, cualquier medida en su contra, representa un acto injustificable, salvo aquellos casos o supuestos de complicación en la salud de la mujer gestante.

Una posible regulación de la maternidad subrogada deberá señalar como eje central, el cuidado y protección otorgados al menor cuyo interés superior deberá guiar sus derechos de filiación e identidad.

Familia, maternidad, paternidad, nueva vida, son aspectos todos que dejan al jurista comprometido con su tiempo, el reto y el deber de colaborar al logro de nobles objetivos humanos.

#### BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- ATIENZA, Manuel, *Bioética, Derecho y argumentación*, 2a. ed., Lima, Palestra-Temis, 2010.
- DOBERNIG GAGO, Mariana, "Maternidad subrogada: su regulación", en: CHAN, Sara, *et al.*, (Compiladores),

*Bioética y Bioderecho. Reflexiones clásicas y nuevos desafíos*, México, UNAM, 2018, pp. 151-294.

LORA, Pablo de y GASCÓN, Marina, *Bioética, principios, desafíos, debates*, Madrid, Alianza, 2008.

MENDOZA C., Héctor A., *La reproducción humana asistida. Un análisis desde la perspectiva biojurídica*, México, Fontamara, 2011, (Doctrina jurídica contemporánea, número 57).

PÉREZ CARBAJAL Y CAMPUZANO, Hilda y RODRÍGUEZ LÓPEZ, Dina, *Técnicas de reproducción humana asistida. Su repercusión en las instituciones del derecho de familia*, México, Editorial Porrúa, 2015.

PÉREZ FUENTES, Gisela María *et al.*, "Derecho Civil y Derecho de Familia: disciplinas unidas por la persona y distinguidas por el interés público", en PÉREZ FUENTES, Gisela María *et al.*, *La maternidad subrogada*, México, Tirant lo Blanch, 2017, (Privado), pp. 23-51.

PUIGPELAT MARTÍ, Francesca, "Bioética, constitución y técnicas de reproducción asistida", en CASADO, María (Editora), *Bioética, Derecho y sociedad*, 2a. ed. Madrid, Trotta, 2015, (Colección estructuras y procesos, Serie Derecho), pp. 31-46.

#### *Fuentes normativas*

Código Civil para el Distrito Federal, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/fichaOrdenamiento.php?idArchivo=29081&ambito=estatal> fecha de consulta: 09 de noviembre de 2019.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>, fecha de consulta: 09 de noviembre de 2019.

Convención Americana de Derechos Humanos, <http://ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D1BIS.pdf>, fecha de consulta: 09 de noviembre de 2019.

## VOLUNTAD PROCREACIONAL Y FAMILIAS MONOMATERNALES: EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD A EXAMEN<sup>1</sup>

JOSÉ JULIÁN DOMÍNGUEZ ARROYO  
Escuela Libre de Derecho

RESUMEN: El presente ensayo tiene como finalidad analizar diversos tópicos vinculados con el derecho al libre desarrollo de la personalidad en su vertiente de ejercicio de autonomía reproductiva. En particular se analiza la figura de la "voluntad procreacional" en la jurisprudencia mexicana e interamericana como nueva categoría de filiación derivada de técnicas de reproducción asistida, y su impacto en el ámbito de la elección de proyectos de vida y modelos de familia monoparentales, específicamente las maternidades sin paternidades. En este sentido se afirma que la maternidad voluntaria configura un derecho de autodeterminación de la mujer sobre su propio cuerpo y ello conlleva la decisión de procrear o dejar de hacerlo, así como de hacerlo con el fin de gozar y ejercer su maternidad sin paternidad alguna. A la vez, se afirma también que dentro del marco de cobertura de la protección al interés superior de la niñez se encuentra el derecho a conocer la verdad sobre la filiación biológica. La asunción de ambas premisas genera algunas tensiones bioéticas y aparentes colisiones entre derechos humanos que son susceptibles de armo-

<sup>1</sup> Agradezco el apoyo de Roselia Bustillo y Laura Márquez en la elaboración de este ensayo.