

## LA MATERNIDAD SUBROGADA: UNA CONFRONTACIÓN ENTRE ITALIA Y MÉXICO\*

### *SURROGATE MOTHERHOOD: A COMPARISON BETWEEN ITALY AND MEXICO*

Cristiana BAFFONE\*\*

**RESUMEN:** Hablar de bioética implica muchas veces comenzar conversaciones sobre temas controvertidos y de debate. El propósito de mi investigación no es la conquista de una realidad que los demás compartan, sino establecer una comprensión exhaustiva de una práctica muy común hoy en día: la maternidad subrogada. Involucrarse en el conocimiento de dicha práctica significa entender su complejidad. Esto se logra a partir de un análisis que debe tener en consideración su naturaleza multifacética. Por lo tanto, el análisis que se propone estudiará el contexto filosófico, legal, médico y social que caracterizan su relación con la sociedad.

**ABSTRACT:** *The development of assisted reproductive technologies has amplified the procreative expectations and has changed the traditional conception of parenthood. A significant example of this phenomenon is offered by surrogacy, whose practice has raised several questions. The present article, suggests considering two perspectives of the contemporary debate, the ethical and the juridical. On the one hand the ethical context points out the deepest problems of the practice, analyzing the role of the people involved and establishing a comparison between two bioethical currents, the liberal and the personalist. On the other hand, the legal perspective sets some considerations about the Italian and Mexican laws.*

**Palabras clave:** maternidad subrogada, bioética, ley, Italia, México.

**Keywords:** *Surrogate Motherhood, Bioethics, Law, Italy, Mexico.*

\* Artículo recibido el 1o. de agosto de 2012 y aceptado para su publicación el 8 de febrero de 2013.

\*\* Es licenciada en filosofía por la Universidad de Bolonia (Italia), en donde dos años más tarde obtuvo el grado de maestra en ciencias filosóficas. En 2012 cursó el doctorado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM). Es miembro editorial de la revista italiana de filosofía *Diogene Magazine* y colaboradora de reseñas editoriales de la revista europea *Medicine, Health Care and Philosophy*.

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado,*  
nueva serie, año XLVII, núm. 137,  
mayo-agosto de 2013, pp. 441-470.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Fundamentos filosóficos de la bioética*. III. *Maternidad subrogada: definición y clases*. IV. *Problemas no resueltos dentro la legislación vigente en México e Italia*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

## I. INTRODUCCIÓN

En la primera parte de la investigación recapitularé, desde un punto de vista teórico, dos tradiciones filosóficas antagonistas y complementarias que históricamente han luchado por establecer su dominio en las áreas de bioética y política: las posiciones liberales y las posiciones personalistas. En seguida, mi análisis describirá a qué se le llama práctica de subrogación y en qué se diferencia de otras técnicas reproductivas como puede ser el alquiler de vientre. Este estudio se efectuará teniendo en consideración el panorama mexicano, su realidad jurídica y la actualidad legislativa que impera en algunos de sus estados. Analizaré sucesivamente el paralelismo con otro país, Italia. A lo largo de este artículo se tomarán en cuenta a las personas involucradas en dicha práctica reproductiva, subrayando problemas pendientes con respecto a las leyes actuales.

## II. FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LA BIOÉTICA

Después de los horrores vistos en la segunda guerra mundial surgió la necesidad de enfatizar y hacer evidente el valor de cada ser humano. Hoy en día, la reflexión bioética tradicional debe de considerar a las tecnologías que, especialmente en el área de la reproducción, han mutado la antigua concepción ética sobre lo que es justo y lo que se debe de hacer. A la par, se ha desarrollado la reflexión normativa, la cual se conoce con el nombre de bioderecho y de biojurídica.

El debate entre posiciones filosóficamente opuestas está vivo y en contextos como los de la bioética, emerge plenamente. Una primordial línea de demarcación separa dos importantes y contrastantes corrientes bioéticas, la liberal y la personalista.

El término liberal representa definitivamente una amplitud de conceptos y teorías no englobables dentro de una única corriente, por esto, este artículo desarrolla un análisis de la teoría utilitarista, comúnmente conocida como tradicional, las cuales tienen como mayor protagonista al

filósofo John Stuart Mill (1806-1873). Ante todo quisiera explicar el porqué de la decisión de nombrar a Mill en el presente artículo. Mill fue un pensador que llegó a denunciar como inmorales ciertas reglas y hábitos de la conducta humana, aceptados en su época, los cuales enfatizaban la relación entre diferentes clases sociales.

Una de las mayores problemáticas que concierne al tema de la subrogación de maternidad, tiene que ver con las diferencias entre clases sociales entre las personas involucradas en su práctica; frecuentemente se enfrentan mujeres de bajos recursos que prestan sus servicios como subrogadas contra mujeres que tienen un *status* económico elevado.

No obstante que Mill sea un autor que se diferencia en varios aspectos de otros liberales, algunos pensamientos se llegan a tocar tangencialmente y además están en boga en la actualidad. Dentro de pensadores liberales se encuentran ideas que son compartidas, por ejemplo:

- El desapegarse de la idea que la vida es sagrada, siendo ésta una característica fundamental dentro de la visión personalista;
- Que promueven un concepto de existencia válida solamente si ésta está caracterizada por cierto grado de cualidad.

En la obra *Sobre la libertad*, Mill subraya que coexisten diferentes concepciones de bien, y que cada individuo tiene su propio modo de entender el bien. A juicio del autor, las personas llegan a ser felices a través de la búsqueda continua del bien individual. Sin embargo, este bien, se caracteriza por ser el mismo que buscan todos y por lo tanto es un fin compartido por todos.

Mill enfoca su estudio en la funcionalidad de las reglas de la vida moral, investigando la forma de poner en contacto su utilitarismo, que está enmarcado por el derecho y la justicia, en todos sus aspectos. En las prácticas bioéticas, la enseñanza de la teoría de Mill enaltece la convivencia entre el utilitarismo y la defensa de los derechos individuales.

Él enuncia:

La única parte de la conducta de cada cual por la que está obligado a responder ante la sociedad es aquella que afecta a los demás. En lo que sólo a

él concierner, su independencia es absoluta, por derecho. Todo individuo es soberano de sí mismo, de su propio cuerpo y de su propio espíritu.<sup>1</sup>

De estas palabras se puede deducir:

- Libertad de pensar, de escuchar; de expresar opiniones y sentimientos en el campo práctico, especulativo, científico, moral y teológico;
- Libertad de ocupación y de elección según nuestra voluntad;
- Libertad de asociarse con otros individuos cuando no se provoque un daño al prójimo.

El fundamento de la teoría utilitarista contrasta con lo que afirma la corriente personalista. Esta última enuncia que en el caso específico de sustitución de maternidad, la decisión de una mujer de llevar a buen fin el embarazo, por cuenta de una pareja solicitante, no pertenece solamente a ella sino también al futuro niño, el cual siendo ya un ser vivo, merece ser considerado. Por lo tanto, la práctica sustitutiva no garantiza los derechos a la vida, sino que va en contra de ellos.

El personalismo funda sus teorías en la idea de que la dignidad es una condición que constituye intrínseca y sustancialmente al ser humano. En consecuencia, la persona no es un atributo sino una realidad que necesita ser reconocida. Entonces, la búsqueda de un criterio general que evalúe ciertos grados de cualidades en la vida del hombre, pierde sentido.

Consecuentemente la afirmación de Mill en donde dice: “La única libertad que merece ese nombre es la de buscar nuestro propio bien, por nuestro propio camino, en tanto no tratemos de privar a los demás del suyo o dificultemos sus esfuerzos por conseguirlo”,<sup>2</sup> entraría en contraste con los principios personalistas puesto que no solamente supone una igualdad entre madre subrogada y contraparte solicitante, sino que pone en un nivel dispar a la madre y al futuro niño.

La teoría utilitarista de Mill también menciona el rol que debería de tener el gobierno en materia de libertad personal y de daños a otros. Esto, junto con los individuos que forman parte de una sociedad, debe de gene-

<sup>1</sup> Mill, John Stuart, *Sobre la libertad*, prólogo de Agustín Izquierdo, Madrid, Edaf, 2004, p. 53.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 58.

rar opiniones que se acerquen lo más posible a la verdad. Ambos deben elaborarlas con cuidado y sin imposiciones, hasta que alcancen un nivel de certeza.

Suponiendo que las opiniones de los hombres sean verdaderas, ¿caso éstos tienen un libre albedrío? A esa pregunta Mill responde afirmativamente, especificando que la única condición de validez es que sean las mismas personas quienes se hagan responsables de las consecuencias de dichas acciones.

En efecto, los actos que generen un daño a alguna persona sin causa justificada, deben de ser controlados con:

- Sentimientos de reprobación;
- Intervención activa.

Se espera que la individualidad pueda afirmarse en aquello que no le concierne a los otros.

¿Cuál es el límite de la soberanía del individuo consigo mismo?

Mill responde que al individuo le pertenece su vida misma y a la sociedad le compete la parte de la sociedad.

Resulta interesante la catalogación de los principios de la bioética adoptada por Lucas Lucas, exponente contemporáneo de la corriente personalista.

Lucas enuncia como fundamentales:

- El valor absoluto de la vida humana y su inviolabilidad. No se trata de un proceso orgánico, sino de una persona en su complejidad;
- El nexo inseparable existente entre vida, verdad y libertad. Él señala que a falta de uno de éstos, se termina violando los otros. Lucas realiza la siguiente afirmación: “Separar la libertad de la verdad objetiva hace imposible la fundamentación de los derechos de la persona sobre una sólida base racional, y establece las premisas de comportamientos arbitrarios y totalitarios, tanto de los individuos como de las instituciones”.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Lucas Lucas, R., *Bioética para todos*, México, Trillas, 2003, p. 26.

- El alcance del conocimiento que sirve para curar y no para manipular. Esto significa que la innovación tecnológica, especialmente en campo reproductivo, debería de defender y proteger a la vida. El autor enuncia una distinción entre lo que se define lícito e ilícito, aunque con buen propósito.
- El hecho de que no todas las acciones técnicamente posibles son moralmente admisibles.
- Como las leyes de los Estados, deberían de tener como fin último procurar el bien de las personas, especialmente de los más débiles. Si esto faltase, todos los valores serían convencionales y negociables. Afirma: “En un Estado democrático, la mayoría hace la legalidad pero no necesariamente la moralidad”.<sup>4</sup>
- Las acciones tienen doble efecto, o sea, cada acción voluntaria puede tener un segundo fin no deseado. Para distinguir un efecto directo de uno indirecto, Lucas sugiere *in primis* que la acción debe de ser buena o si no al menos indiferente. En segundo lugar, que el efecto malo no puede ser ni causa, ni medio para alcanzar directamente el efecto bueno deseado. Según el autor, no debe de existir ninguna otra alternativa válida para alcanzar el efecto bueno, éste tiene que ser superior o equivalente al efecto malo.

En esta parte del artículo se hace muy útil reflexionar sobre algunos aspectos que se discuten entre las personas a favor y las que están en contra de la práctica sustitutiva. El estudio que se propone se enfoca en el análisis de los principales protagonistas de la maternidad subrogada, los cuales son: la madre subrogada, la pareja, y el niño/a.

### 1. *Madre subrogada*

Los investigadores se dividen entre aquellos que creen que la subrogación es:

- Una nueva manera de explotar a la mujer;

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 27.

- Una forma de emancipación para la mujer, y expresión de la libertad procreativa que le concierne exclusivamente al sujeto.

Según la primera hipótesis la mujer que se ofrece para ser madre subrogada potencialmente podría ser explotada, puesto que en muchos casos, perteneciendo a la clase social más baja, conciben el servicio prestado como uno de los pocos modos para mantenerse. Un ejemplo tangible es el que nos proporciona la India, en donde muchas mujeres son fecundadas con el óvulo de una pareja deseosa de un niño, comprometiendo su propia salud sicofísica y sometándose a las limitaciones relativas del embarazo. Esta opinión la comparten muchas feministas, tal es el caso de Carol Pateman, quien define la subrogación de la maternidad como una “nueva forma de esclavitud”.<sup>5</sup>

La segunda posición entiende a la subrogación de la maternidad como una forma de libre expresión inherente a la mujer, pues esta es un sujeto libre, autónomo y en grado de asumir plenamente las consecuencias que deriven del acuerdo subrogativo.

Esta es la posición que asume Carmel Shalev, quien, aparte de concebir a la mujer como un sujeto del derecho que no puede prescindir de su propia sexualidad, ve en el contrato de sustitución (del tipo económico) una posibilidad para la mujer (especialmente para aquellas que pertenecen a la clase social más pobre) de ganar dinero en base al servicio ofrecido. Partiendo de lo dicho por esta autora, es importante subrayar que la práctica subrogativa no tiene ninguna relación con la “mercificación” de la vida humana, puesto que lo que se ofrece es un servicio como tantos otros, y por lo cual este debe de ser remunerado.<sup>6</sup>

A propósito de la posición de Carmel Shalev, la doctora Ingrid Brena dice que quienes promueven estas prácticas reconocen que:

si bien el derecho a la reproducción es parte del derecho a la libertad como manifestación de la autonomía física de la persona, permitiéndole acceder tanto a la reproducción natural como a la posibilidad de valerse de las nue-

<sup>5</sup> Para profundizar Pateman, C., *El contrato sexual*, introd. de María-Xosé Agra Romero, trad. de M. Luisa Femenías, Barcelona, Anthropos, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 1995.

<sup>6</sup> Shalev, Carmel, *Birth Power: The case for surrogacy*, New Haven, Yale University Press, 1989.

vas tecnologías reproductivas, los derechos reproductivos están limitados por los derechos de los demás y los valores que protege la organización social.<sup>7</sup>

Respecto al concepto de autonomía, la doctora Brena subraya que existen dos posiciones de las cuales la más liberal afirma que las mujeres se vuelven dueñas de su cuerpo para poder decidir si rentan su útero o menos, contrario a la posición más conservadora la cual señala que:

No son pocas las mujeres de baja condición económica que, a través de la renta de su cuerpo para la maternidad, obtienen medios para subsistir o para realizar actividades que sin ese dinero extra no podrían llevar a cabo y en ello no existe nada reprochable ni que ataque la dignidad de la mujer que acepta celebrar un convenio de maternidad subrogada o de alquiler de útero. El pago no debe ser visto como el precio por la venta de un niño sino como una compensación por la prestación de los servicios reproductivos.<sup>8</sup>

## 2. *El niño*

En cuanto a la tutela del niño, hay quienes sostienen que:

- La subrogación reduce al niño a la par de un producto de mercado y que como tal, debe de ser perfecto. Según esta posición el legitimar la subrogación significaría exponer inútilmente la vida de un futuro niño con el posible riesgo de que la pareja concomitante al momento del nacimiento de éste, cambie de idea y decida no quererlo más.
- Una posición diferente sostiene que el niño es el fruto del deseo y de la voluntad de una pareja por querer ser padres, y por lo tanto el niño no estaría expuesto a los riesgos antes mencionados, los cuales enfatizan aquellos que desaprueban la subrogación. Es justo subrayar que la jurisprudencia siempre buscará el modo de velar por los intereses

<sup>7</sup> Brena, Ingrid, *¿Autonomía en la Maternidad Subrogada?*, V Congreso Latinoamericano y I Congreso Centroamericano, “Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos”, Guatemala, 5 de mayo de 2010, p. 2.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 3.



del menor, ya sea que se trate de disputas respecto a la estipulación del contrato, o también en el caso en que no exista contrato alguno.<sup>9</sup>

### 3. *Pareja solicitante*

En el caso de éstos:

- Los que defienden tal práctica lo hacen con base en un derecho procreativo, que siendo una expresión de la individualidad, no puede ser suprimido;
- No concuerdan con la práctica, subrayan lo peligroso del acto en el caso en que la pareja decidiera cambiar de idea una vez que nazca el niño y en el caso en que la madre subrogada decidiera no querer cederlo.

Es útil enfatizar que una normativa que reconoce la práctica subrogativa como *quid*, está encaminada a tutelar a los sujetos, de los cuales el primero es el recién nacido.

En la bioética de la reproducción surge espontáneamente el análisis de dos conceptos filosóficos diferentes. Por una parte se encuentra el derecho procreativo y por otra el derecho a la libertad procreativa. Mientras que para el primer concepto se puede apreciar una cierta unanimidad de parecer, para la libertad creativa (es decir, la libertad de poder elegir el método procreativo y por lo tanto involucrar a la maternidad por sustitución) es más difícil encontrar un acuerdo.

El problema surge cuando se pretende que la libertad procreativa, como parte constitutiva del derecho procreativo, pertenezca a una clase de derecho bastante amplia la cual es justamente el derecho a la salud. Si así fuera, el Estado debería garantizar a los ciudadanos un recurso en donde las técnicas procreativas, que son médicamente asistidas, se mencionen.

Concerniente a México, una interesante contribución sobre la maternidad subrogada es ofrecida por el doctor Raymundo Canales, quien sugiere que la libertad procreativa no debería de ser parte del derecho a la salud. Las técnicas de reproducción asistida médicamente hoy en día

<sup>9</sup> Un ejemplo es el caso conocido como “Baby B. Case” (1987).

ofrecen una descendencia a parejas que, a causa de la infertilidad o de la esterilidad de uno o de los dos miembros, no tenían la capacidad de tener hijos.<sup>10</sup>

En noviembre del 2009, la Organización Mundial de la Salud describió el término Infertilidad como la: “enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas”.<sup>11</sup>

El doctor Canales al describir el panorama mexicano afirma que el gobierno mexicano, antes de ser capaz de financiar procesos de reproducción médicamente asistida, debe de resolver otros problemas de la salud en general, entre los que se encuentra por ejemplo el alto índice de mortalidad maternal y neonatal.<sup>12</sup>

### III. MATERNIDAD SUBROGADA: DEFINICIÓN Y CLASES

El término de maternidad subrogada se refiere al procedimiento por medio del cual una mujer renta su propio útero, sobre la base de un contrato, a una pareja solicitante en donde puede o no existir una retribución. En este procedimiento la mujer se encarga de la gestación de un niño, quien será entregado a la pareja solicitante, renunciando así a todos los derechos que ésta pueda tener sobre de él.

La expresión de maternidad subrogada se distingue de otras hipótesis reproductivas, que a veces han sido incorporadas a la definición mencionada, como puede ser el caso de la locución de útero. Esta última se refiere a la práctica a través de la cual la mujer contribuye únicamente en la fase de gestación. Según esta modalidad, la pareja que encarga el niño proporciona el material genético. El embrión formado mediante una fe-

<sup>10</sup> La justificación aportada a la propia posición encuentra fundamento en la diferencia sustancial que existe entre dos términos: enfermedad y condición. Mientras el primer término forma parte del derecho a la salud, la condición se excluye de éste. La infertilidad y la esterilidad, a juicio del doctor Canales, no constituyen una enfermedad dado que describen una condición en la cual se puede encontrar un individuo en un determinado momento de la vida.

Como consecuencia de lo dicho, las técnicas reproductivas no deben de ser parte del servicio de salud básico dentro de México.

<sup>11</sup> Para profundizar <http://www.who.int/topics/infertility/es/>

<sup>12</sup> El costo de cada ciclo de reproducción asistida es de 10,000 dólares.

cundación *in vitro*, viene a ser anidado en el útero de la gestante, la cual continúa con el embarazo, da a luz al niño y lo entrega a la pareja, igualmente renunciando a cualquier derecho sobre de éste.

La diferencia entre las dos prácticas yace en la participación que tiene la madre y en la formación del hijo que va a nacer, pues en el caso de la madre subrogada ésta aporta su propio material genético.

Por medio de las técnicas reproductivas modernas se pueden tener hasta cinco diferentes tipos de padres: una madre genética, una madre gestacional, una madre social, un padre genético y un padre social. En detalle, se podrían presentar las siguientes situaciones:

Primer caso: la subrogada es la mujer gestante y biológica. El marido de la pareja solicitante aporta su semen. En este caso si la subrogada entrega el niño a la pareja, la mujer, esposa del padre biológico, se convierte en la madre legal del niño aunque ésta no tenga ninguna relación de tipo biológico con él.

Segundo caso: la madre subrogada alquila únicamente su vientre para la gestación. En este caso el material genético pertenece a la mujer y al varón de la pareja solicitante.

Tercer caso: la madre subrogada se encarga de la gestación del embrión, el cual ha sido fecundado con el óvulo de la mujer solicitante y del semen del esposo de la subrogada.

Cuarto caso: existen dos madres sustitutas que se ocupan respectivamente de la gestación y de la aportación del material genético. En este caso existe un hombre anónimo que dona el semen y una mujer solicitante a la que se llama madre social.

Con razón, expresa Alma Arámbula Reyes: “El fenómeno de la maternidad subrogada, ha dado lugar a la aparición de formas de maternidad compartida, que la doctrina ha clasificado según los grados de intervención de cada una de las mujeres en la procreación”.<sup>13</sup>

Es así como en relación con la maternidad han sido identificadas las siguientes modalidades:

<sup>13</sup> Arámbula Reyes, Alma, *La maternidad subrogada*, México, Servicio de Investigación y Análisis, política exterior Subdirección de Gobierno de México, agosto de 2008, p. 13.

- Maternidad plena: engloba la relación biológica (genética y gestacional) de la mujer con el niño y el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes que son parte de la maternidad;
- Maternidad genética: se refiere a la donante que proporcionó los óvulos;
- Maternidad gestacional: es relativa a la mujer que se encarga de la gestación de un embrión, a partir de un óvulo donado;
- Maternidad legal: se refiere a cuando la mujer asume frente al hijo los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad, sin que exista entre ellos algún vínculo biológico.

Cuando se habla de subrogación se alude a un contrato sustitutivo que, dependiendo de cada país y de las legislaciones vigentes en cada uno de éstos, puede ser de tipo económico o gratuito. El contrato en términos legales es la forma que sirve para regular una relación de tipo patrimonial entre dos o más sujetos. Esto significa que también en la práctica de subrogación, así como en otros casos, quien se involucra voluntariamente en ese acuerdo se convierte en el titular de los derechos y deberes; por ello este acuerdo conlleva vínculos por parte de los contrayentes.

Ingrid Brena explica lo antes mencionado del siguiente modo: “la maternidad quedará fragmentada y nadie podrá considerarse como la única madre”.<sup>14</sup>

En este momento me parece útil desarrollar un análisis de las posibilidades que conciernen a la práctica de subrogación. Las tres alternativas que pueden presentarse, en relación con la posición que puede asumir el Estado, son las siguientes:

- Legalización;
- Prohibición legal;
- Ausencia de ley.

<sup>14</sup> Brena, Ingrid, “La maternidad subrogada ¿es suficiente la legislación civil vigente para regularla?”, *Revista de Derecho Privado*, año VII, núm. 23, mayo-diciembre de 2009, p. 2.

En el primer caso, el establecimiento de una ley que regule la subrogación significaría, antes que nada, garantizar a los sujetos que son parte del contrato.

En cuanto a los contrayentes de dicho contrato, tanto la madre subrogada como la pareja comisionada deberán de firmar un contrato que incluya un consentimiento informado, con base en el cual la primera se declare autónoma y consciente y se comprometa a ceder al niño a la pareja en el momento del nacimiento de éste. Al mismo tiempo, la pareja solicitante a través de una autodeclaración asumirán la responsabilidad de hacerse cargo del nacido.

En general, lo dicho hasta ahora ha servido para delinear las posibilidades de actuación o no actuación de una ley sobre la maternidad subrogada. Indudablemente, el procedimiento de sustitución engloba otros temas discutidos, por ejemplo, la interrupción del embarazo. Los códigos civil y penal de cada país o estado nos permiten saber si en un determinado lugar se contempla la posibilidad de interrumpir el embarazo.

Cada estado de la República Mexicana tiene sus propias leyes con relación al aborto. De tal forma que de estas razones solamente la primera (por violación) es válida legalmente en todo el territorio nacional.

El 24 de abril del 2007, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal (ALDF) aprobó la reforma de ley que despenaliza el aborto antes de la décima segunda semana de gestación. El artículo 144 del Código Penal del Distrito Federal estipula que el: “Aborto es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación. Para los efectos de este Código, el embarazo es la parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio”. Según el artículo 148 del mismo código la ley reconoce el derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo después de las 12 semanas en los siguientes casos:<sup>15</sup>

- Si el embarazo es el resultado de una violación;
- Si pone en riesgo la salud o la vida de la madre;
- Si presenta malformaciones genéticas o congénitas.

<sup>15</sup> Aborto es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación.

El vínculo relativo a la pareja también considera el riesgo que conlleva un embarazo, como por ejemplo: el nacimiento de un niño/a con un hándicap, el nacimiento de más de un niño o, la posibilidad de que la madre subrogada quiera interrumpir voluntariamente el embarazo en el caso en el cual se llegaran a verificar complicaciones que pongan en riesgo la vida de ésta. A través de una normativa funcional se podría disponer de registros en los que aparezcan datos certeros relativos a la práctica de subrogación y a los pacientes.

Esto contribuiría para que el Estado tuviera un mayor control del que hoy en día se tiene. También se podría reducir el potencial peligro de turismo reproductivo que se genera a partir de parejas, deseadas de niños, y que no son capaces de contratar a una mujer en su propio país, puesto que éstas buscan una alternativa en otros países en donde este acto es permitido, logrando así “darle la vuelta” a la ley vigente en el país de origen.

En el segundo caso, la prohibición de la ley daría pie a dos fenómenos: la traslación del problema a otros países en donde la práctica se permita,<sup>16</sup> así como incrementar la clandestinidad de dicha práctica.

El tercer caso concierne a la falta de una normativa, lo cual significa que la práctica no está sujeta a las leyes de un país, y por lo tanto no es posible apelar a la ley en el caso de una disputa entre la madre subrogada y la pareja solicitante. La decisión de muchos países de no deliberar en relación con el tema de la práctica subrogada, a mi juicio no es la más racional puesto que significa fingir y pensar que la subrogación no existe, y como consecuencia asumir una posición ambigua. Así como ya lo he establecido brevemente, algunos temas bioéticos como aquellos que tienen que ver con la reproducción, generan diferentes posturas dentro de un país y dentro de la cultura preponderante. Se puede intuir que al asumir una posición clara con respecto a lo antes mencionado, también es un tema que toca a la política y a sus actores.

No en todos los países existen legislaciones que regulen la práctica substitutiva, por ello los conflictos que hasta ahora se han llevado a cabo se

<sup>16</sup> En este caso la referencia no le concierne solamente a otros países, sino también a México. Se recuerda que al interior de los Estados Unidos Mexicanos, el estado de Tabasco permite la subrogación.

han resuelto caso por caso, mediante criterios diferentes que en su gran mayoría se enfocan en la tutela del niño.<sup>17</sup>

Una visión clara del aspecto jurídico tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos, con respeto a la maternidad gestacional, nos la ofrece Rosemarie Tong quien propone cuatro alternativas aplicables:<sup>18</sup>

- Ningún acuerdo de subrogación, ya sean comerciales o altruistas, es válido;
- Sancionar penalmente los acuerdos de maternidad subrogada;
- Que exista una validez de los acuerdos de subrogación, de tipo comercial, mientras éstos estén fundados en el derecho contractual;
- Validez de los acuerdos subrogativos, si éstos se entienden como una versión modificada de la adopción.

Reconocer la posibilidad del no cumplimiento de los acuerdos de maternidad gestacional implica que los contratos no tienen una validez jurídica. Por lo tanto, los sujetos que están involucrados en esta práctica, no recibirán la tutela.

Esta posición parte del suponer que ningún Estado debería reconocer acuerdos que violen los derechos individuales, más aún en los casos en que, por ejemplo, una pareja solicitante se niegue a recibir al niño de la madre gestacional, no obstante la existencia de acuerdos precedentes. Otro problema que puede presentarse es que la madre gestacional se negara a ceder al niño después de que éste haya nacido. En el momento en que se llegara a verificar un incumplimiento en el contrato de sustitución, el orden jurídico puede intervenir adoptando diferentes parámetros para que el caso sea resuelto. Antes que nada, la intervención deberá de adoptar un criterio que beneficie el “interés del menor”, el cual puede ser, por ejemplo, el test de custodia utilizado en los casos de divorcio, el cual es

<sup>17</sup> Autores como Arámbula Reyes subrayan que, en la mayoría de los casos, las legislaciones favorecen a las personas que cuentan con mayores recursos económicos y que además son de raza blanca.

<sup>18</sup> Véase Tong, Rosemarie, “Feminist Perspectives and Gestational Motherhood: The Need for a Unified Legal Focus”, *Reproduction, Ethics and the Law: Feminist Perspectives*, Bloomington, Indiana University Press, 1995, pp. 55-79.

capaz de determinar quién o quiénes, si la madre gestacional o la pareja solicitante, están en mejores condiciones para ocuparse del niño.

De otra manera, la solución que se prevé es una sanción penal, la cual opera con el fin de castigar los acuerdos comerciales en donde se involucre la venta de niños. Esta es la razón por la cual muchos ordenamientos jurídicos permiten la subrogación únicamente a título gratuito.

Algunos teóricos del derecho equiparan la subrogación comercial con una forma de venta de menores. Por ello se ha subrayado que un instrumento viable para resolver el problema sería a través de la creación de sanciones penales de los acuerdos y no una no actuación. Tong nos ofrece el ejemplo de Inglaterra, en donde desde 1985 se aprobó el “Surrogacy Arrangements Act”, que prohíbe la subrogación comercial pero permite la gratuita. Contrariamente, quienes fungen de intermediarios entre madres subrogadas y solicitantes, o quienes anuncian la subrogación de maternidad, van en contra de la ley y pueden ser castigados con multas e inclusive la cárcel.<sup>19</sup>

Otra solución sugerida por la autora es que los acuerdos comerciales de maternidad subrogada, asuman una validez con base en los principios del derecho contractual. En consecuencia, el Estado está obligado a intervenir en el caso en que se verifiquen disputas entre los sujetos que suscribieron el acuerdo.

Una última posibilidad concierne a la aplicación de los acuerdos no comerciales de maternidad gestacional, y tal vez a los comerciales, dentro de una normativa en el ámbito de adopción que venga a ser modificada.

#### IV. PROBLEMAS NO RESUELTOS DENTRO DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE EN MÉXICO E ITALIA

El código civil mexicano en su legislación no contiene ninguna prohibición directa en referencia a la subrogación, a pesar de que se hayan presentado varios proyectos de ley. La práctica de sustitución en México está

<sup>19</sup> Siguiendo el modelo inglés en los Estados Unidos, específicamente en Michigan, se aprobó una ley que declara culpable a quien funge de intermediario de una subrogación comercial. Esto es perseguible por la ley con una multa de máximo 50,000 dólares y de 5 años en prisión.



regulada por los códigos civiles y penales, los cuales varían dependiendo de cada estado de la república.

Las únicas entidades federativas de México en donde se puede encontrar información explícita sobre la práctica mencionada son el Distrito Federal, Tabasco y Chihuahua.

### 1. *Distrito Federal*

La maternidad subrogada es una práctica que se ha vuelto muy utilizada en los últimos años y la legislación vigente sufre un considerable retraso respecto a esta técnica procreativa.

En la ciudad de México todavía no existe una ley con respecto a la subrogación de maternidad.

El 30 de noviembre de 2010, por primera vez se presentó una iniciativa de ley para regular tal procedimiento, la cual fue aprobada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

Para que esta ley entre en vigor, aún hace falta su promulgación y la publicación por parte del jefe de gobierno. Una nueva iniciativa de ley fue aprobada en comisiones el 8 de diciembre de 2011 y subió al Pleno el 20 de diciembre del mismo año. Todavía ésta no ha sido publicada oficialmente.

En el Distrito Federal no existe una regulación que se refiera directamente a la sustitución de maternidad, pero es importante mencionar el artículo 162 del Código Civil, que con referencia a los derechos y obligaciones que son propios del matrimonio, menciona lo siguiente:

Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

El artículo no pone límites, ni al tipo de pareja que puede ser compuesta por homosexuales o heterosexuales, ni al modo en que la pareja pueda llegar a tener hijos. Por esto, la maternidad subrogada, así como otras técnicas de reproducción asistida, son plenamente admitidas por la ley civil en vigor, ya sea que los involucrados sean personas casadas o concubinos.

No obstante que los métodos de reproducción asistida se permitan en la ley vigente, los efectos jurídicos aún no han sido regularizados. Y es por este vacío legislativo, por el cual hoy en día existen conflictos bastante complejos.

Es importante analizar ciertos cuestionamientos que quedan pendientes, por ejemplo el interés del niño que va a nacer por medio de un procedimiento de subrogación. Una pregunta obligada sería: ¿se le beneficia o se le perjudica? La realidad de la sustitución como práctica no es sencilla, como a primera vista podría parecer.

Como reflexión de lo que pasaría en el Distrito Federal, en caso de que una ley sobre la subrogación de maternidad llegara a ser oficial, resulta interesante revisar el análisis planteado por Ingrid Brena.

El estudio contemplado por la doctora Brena ofrece posibles respuestas a las preguntas: “¿cómo se legitima la entrega del menor a las personas que lo encargaron?” y ¿en qué consiste?

La doctora Brena examina tres formas de entrega, subrayando la falta de coherencia con respecto a lo que se puede encontrar en los códigos.

La primera posibilidad es a través la venta de menor: el abogado Fernando Alarcón Rojas afirma que la maternidad subrogada es parecida a una “trata de seres humanos”, puesto que el contrato de subrogación tiene como objetivo la entrega de un niño, el cual lleva consigo la información genética de aquella mujer que lo gestó.

La primera falta que puede percibirse es que el objeto del contrato no debería de ser un ser humano. La sustitución se clasifica en altruista y económica. En este último caso el acuerdo prevé una remuneración económica para la madre subrogada por el servicio que ha prestado a los solicitantes. En el momento en que nos damos cuenta que el artículo 169 del código penal castiga a aquellos que quieren beneficiarse económicamente a través de la venta de un niño, la entrega de un recién nacido a la pareja que lo solicitó, a cambio de una remuneración económica, debe ser considerado un acto ilegal.

La segunda posibilidad de justificar la entrega de un niño es a través de una forma de adopción: suponiendo que la adopción sea una forma correcta de ceder a un niño a quien lo solicita, la subrogación de maternidad aún se diferencia por un importante aspecto:

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 alterno, cuando el suyo no les ofrece el bienestar mínimo que merecen.<sup>20</sup>

Como podemos observar, mientras la adopción constituye un remedio para niños ya existentes, en el caso de la subrogación la intención de tener al niño ha sido planificada antes de su concepción misma.

Respecto a lo dicho en el párrafo anterior, Mendizábal Osés plantea que “La adopción de menores surge y se configura como remedio social, ético y jurídico”.<sup>21</sup> Además, generalmente las leyes que regulan la adopción son muy rígidas, y no cualquier persona puede llegar a ser elegida.

La tercera hipótesis concierne al reconocimiento del menor por parte de la pareja solicitante. Según lo que afirma la doctora Brena, esta hipótesis se vuelve correcta y coherente en el caso de renta de útero, pero no en el caso de maternidad subrogada, dado que la mujer de la pareja solicitante debería de justificar por qué no es capaz de exhibir el certificado del parto, el cual está en manos de la madre subrogada. Mientras que la madre subrogada y el padre de la pareja tienen una relación genética con el nacido y por lo tanto, en el caso en que existiera una disputa sería fácil referirse a ellos, para la madre solicitante esta relación falta y en consecuencia no es poseedora de un comprobante de “maternidad por encargo”. Se debe mencionar por otra parte que el marido de la madre subrogada y casada, según el artículo 374 del Código Civil, es considerado el padre del nacido a menos de que se reconozca, a través de una sentencia ejecutiva, que el hijo no es suyo.

Otra modalidad para consignar al niño es justamente la impugnación de la paternidad cuando la madre subrogada o gestante está casada. Según el artículo 324 del Código Civil del Distrito Federal, los niños nacidos dentro del matrimonio se consideran hijos.<sup>22</sup>

Se debe de agregar que en el caso de la maternidad subrogada, no obstante exista una autorización del hombre para con la propia mujer de

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>21</sup> Mendizábal, Osés, *Derecho de los menores. Teoría general*, Madrid, Pirámide, 1977.

<sup>22</sup> Se presumen hijos de los cónyuges también los que nacieron dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio y salvo pruebas científicas contrarias.

recurrir a las técnicas de fecundación asistida, para que la paternidad (en términos legales) sea válida, ésta deberá de ser autorizada por el hombre.

Otra posibilidad para entregar al niño es a través del parentesco que se genera con la maternidad subrogada. La relación de paternidad se genera por consanguinidad, e incluye la hipótesis de que el hijo nazca a través de la reproducción asistida.

Contrariamente, la donación de células germinales que se utilice en las técnicas procreativas asistidas no crea vínculos entre el nacido y el donante. Se necesita especificar que las pruebas científicas para demostrar la paternidad, las cuales son utilizadas frecuentemente en el caso en que existan conflictos jurídicos, son inestables puesto que las líneas de parentesco son similares.

Otra modalidad se constituye del acta de nacimiento de los niños que provienen de una madre subrogada o gestante. El vínculo jurídico de maternidad se crea mediante el acta de nacimiento.<sup>23</sup> Según lo redactado en la ley actual del Distrito Federal, se considera madre a la mujer que da a luz al recién nacido, mientras que aquella que contrató a la gestante no dispone de los requisitos para ser considerada madre del niño. Aparte de la falta de un reconocimiento sobre la filiación, también contrasta lo que se expresa en el artículo 338 del Código Civil y, por tanto, se incurre en sanciones penales las cuales se expresan en el artículo 203 del Código Penal.

Así es como sugiere la doctora Brena:

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... de que les apliquen las sanciones antes mencionadas en caso de descubrirse que declararon como madre a cargo al infante y no a quien lo parió.<sup>24</sup>

Una última modalidad de cesión del nacido a la familia solicitante podría darse mediante un contrato privado. Este género de acuerdo, vi-

<sup>23</sup> En el caso de que no sea posible, el declarante debe de presentar una constancia de parto.

<sup>24</sup> Brena, Ingrid, "La maternidad subrogada...", *cit.*, nota 14, p. 11.

gente en muchos países, resulta contrastante con la normativa mexicana vigente.

Lo que sugiere la doctora Brena es establecer una reglamentación jurídica que vea a la madre subrogada como un nueva figura jurídica, y que por consecuencia pueda resolver los problemas que surjan a partir de la atribución del *status filiationis*. Ella concluye: “Tanto la maternidad subrogada o la gestante como sus efectos no deben concretarse en un simple negocio privado, es, por el contrario, necesaria una regulación específica en el Código Civil”.<sup>25</sup>

## 2. *Tabasco*

Hoy en día, Tabasco es el único estado de la república en el cual se contempla expresamente la maternidad subrogada. Según la ley,

Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, mas no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso. Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustituta, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su esposo, el Oficial del Registro Civil no podrá asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, excepto que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare.<sup>26</sup>

Los artículos 92, 347, 351 y 360 del Código Civil contemplan la práctica sustitutiva.

El artículo 92, vigente desde el 30 de octubre de 2010 tiene como objetivo señalar el reconocimiento del hijo y menciona expresamente lo siguiente:

Tanto la madre como el padre, que no estuvieren casados entre sí, tienen el deber de reconocer a su hijo; en el caso de los hijos nacidos como resultados de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contrayente que la presenta, ya que este hecho implica su

<sup>25</sup> *Idem*.

<sup>26</sup> Código Civil de Tabasco, artículo 92.

aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena.

El párrafo mencionado con anterioridad nos sugiere dos puntos importantes:

- El primero es que el hijo tiene que ser reconocido;
- En caso de subrogación, la madre solicitante es la que debe responder por el bebé.

La madre comitente, a través de una adopción, obtendrá los derechos plenos sobre el bebe. Uno de los pocos problemas que pueden llegar a presentarse es que la adopción y los derechos sobre el niño no se dan simultáneamente al nacimiento de éste.

El artículo 347 del Código afirma que:

Con respecto al padre, la filiación se establece mediante el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad. Sin embargo, cuando en el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata, ya sea que esta última haya sido o no la donante directa del óvulo. Esto es, cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido, como resultado de una transferencia de embrión, la madre contratante deberá ser considerada la madre legal del niño y este será considerado hijo legítimo de la mujer que contrató.

Respecto a la herencia:

La filiación de los hijos también podrá acreditarse a través de la prueba biológica molecular de la caracterización del ácido desoxirribonucleico de sus células en el juicio contradictorio. La negativa del demandado a realizarse la prueba señalada en el párrafo anterior, admita u ordenada por el juez, hará presumir la filiación que se le atribuye.

Generalmente la filiación se establece por reconocimiento voluntario o por sentencias que atribuyan la paternidad. En la sustitución, la situación se complica puesto que la procreación del bebé no pertenece a una sola mujer y a un hombre, sino que también participa otra mujer. En este

caso, la madre legal será quien haya pedido al niño, independientemente de quien haya proporcionado al óvulo.

Siguiendo con el Código de Tabasco, el artículo 351 indica que el reconocimiento hecho por el padre puede ser contradicho por un tercero que a su vez pretenda tener ese carácter. El reconocimiento hecho por la madre, puede ser contradicho por una tercera persona que a su vez pretenda tener ese carácter.

El último artículo presente en el Código del Estado de Tabasco relativo a la subrogación de la maternidad es el 360, el cual nos dice que:

Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido como resultado de un contrato de maternidad sustituta, 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 ejecutoriada se haya declarado que no es hijo suyo.

Este último párrafo sugiere que en caso de sustitución, tanto el marido de la subrogada como el marido de la mujer solicitante, no serán reconocidos como el padre del bebé. Esto difiere mucho de las leyes de otros países.<sup>27</sup> Sin embargo, algunos especialistas de la materia señalan que esta idea resulta inaplicable, quedando en un plano meramente abstracto, puesto que contradice los principios que rigen las relaciones familiares en México, así como el mismo Código Civil de Tabasco.

### 3. *Italia*

En Italia no existe una ley que rijan y defina en específico la práctica de subrogación; el país está reglamentado únicamente por la ley número 40 del 19 de febrero de 2004, la cual concierne a la normativa sobre la procreación médicamente asistida. A través de dicha ley, es posible deducir las prohibiciones adoptadas por el gobierno italiano en relación con la sustitución de maternidad.

La jurista italiana Bárbara Molaschi afirma lo siguiente:

<sup>27</sup> Por ejemplo, en Inglaterra el marido de la mujer sustituta tiene que firmar una aprobación, que tiene valor legal y que lo hace responsable del niño tanto como a su esposa.

Por medio del desarrollo científico, que poco a poco se acerca a satisfacer las necesidades concretas de los individuos, estamos viviendo un momento histórico de incontenible deconstrucción respecto a las nociones jurídicas de “madre” y “padre” y de subversión de la percepción social de estas personas, sumergidas en un devenir heracleo.<sup>28</sup>

La ley vigente en Italia no se caracteriza por tener una normativa coherente y actualizada. Los aspectos más controvertidos de la ley mencionada tienen que ver con cuestiones como: 1) los requisitos de acceso a las PMA y 2) las sanciones previstas para los trasgresores.

La ley número 40 se define incompleta puesto que deja sin solución cuestiones de una gran importancia como lo son: 1) la identificación de los padres legales que han tenido acceso a las PMA, 2) estatus filiaciones y 3) la custodia del nacido.

Con respecto a la madre, el problema surge cuando debemos de identificar los parámetros que permitirán conocer explícitamente a cuál de las mujeres involucradas en la práctica de subrogación corresponde la tarea de madre “legal” del nacido. Indudablemente dicho proceso procreativo prevé la coparticipación de más de una mujer y por consecuencia, genera dudas para con los conceptos que hasta hace pocos años han venido a definir la procreación natural y la maternidad.

La normativa prevista del artículo 9o., sección 2o. indica lo siguiente: “la madre del nacido a través de la aplicación de técnicas de procreación médicamente asistida no puede declarar la voluntad a no ser nombrada”.

Por otra parte el ya citado artículo 30 enmarca que: “la declaración de nacida es por uno de los padres, por un procurador especial, o sea por el médico o por la obstétrica o por otra persona que asistió al parto, respetando la eventual voluntad de la madre a no ser nombrada”.

Entonces, mientras el artículo 9o. prohíbe a la madre del nacido la posibilidad de no reconocer al hijo en la acta de nacimiento, el artículo 30 parece excluir la posibilidad que la maternidad se le atribuya a la mujer solicitante, aun cuando se trate de locución de útero y que por lo tanto el niño tenga una conexión genética con la madre.

La negación tiene como fin impedir la “paternidad compartida entre más personas”. Esta negación puede ser aplicada en el acuerdo entre mu-

<sup>28</sup> Molaschi, Bárbara, *La procreazione medicalmente assistita: uno sguardo comparato tra Italia e Inghilterra*, online, 2010 (consultada el 4 de noviembre de 2011).



jer gestante y mujer solicitante. No obstante la normativa italiana prevista por el artículo 9o., sección 2a., se refiera a la madre del niño nacido por medio de técnicas reproductivas, como si se tratase de un solo sujeto, ésta puede coincidir también con más de una persona.

El artículo 269 del Código Civil italiano define la maternidad como sigue:

La prueba de la paternidad y de la maternidad pueden ser dadas por cualquier medio. La maternidad se demuestra probando la identidad de aquel que se supone es el hijo y de aquel que fue dado a la luz por la mujer que asume ser la madre. La declaración de la madre y la sola existencia de la relación entre la madre y el presunto padre en el periodo de la concepción no constituye una prueba de paternidad natural.

Según la ley, la mujer que da a la luz al hijo a través de la técnica de PMA no puede renunciar a no reconocer al hijo. Estas limitaciones previstas por la leyes, se fundan en el artículo 30, sección 1a., decreto de ley desde noviembre de 2000, número 396, que debería de responder a los siguientes requisitos: 1) tutela del *status juris* del nacido y 2) reconocimiento del nacido, en base a la libertad reproductiva dada a la madre.

En dicho caso el problema se configura cuando, y si la mujer una vez nacido el niño, no declara que ésta lo tuvo por medio de PMA, por lo cual no estaría obligada a reconocerlo.

Se trata de una normativa que regula la prueba de la maternidad, sin especificar los contenidos puesto que la definición ha sido elaborada previamente a la hipótesis de una maternidad compartida entre una madre genética y una gestacional.

El deniego al anonimato tiene el fin de tutelar el menor.

Según la ley ¿qué pasa cuando la madre subrogada y la mujer solicitante entran en conflicto porque ambas quieren quedarse con el niño? ¿A quién le espera la tutela legal del menor?

La jurista italiana Inés Corti sugiere tres comportamientos diferentes:

- La postura en la que se conoce el aspecto genético, por vía de la relación entre madre y feto (la cual constituye la concepción tradicional);
- El punto de vista que considera el aspecto genético como el más importante sobre la base de motivaciones científicas;

— La corriente que atribuye la mayor importancia al rol social.

Las leyes y las disposiciones del código italiano no son suficientes para dirimir los conflictos entre madres; por ello, recurrir al juez constituye una “dirección obligatoria”. También la atribución de la paternidad es una gran problemática puesto que, según lo que nos dice el artículo 250 C.C.: “El hijo natural puede ser reconocido por el padre y por la madre (según las modalidades previstas por el artículo 254), aun cuando ya sea hayan unido en matrimonio con otra persona en el mismo periodo de concepción”.

En el caso de subrogación de maternidad entonces el hombre de la pareja solicitante puede requerir que el niño se convierta en parte del núcleo familiar. Los problemas emergen en el caso en que:

- La sustituta sea cambiada;
- El semen utilizado para la concepción pertenezca al marido de la sustituta.

En el primer caso el padre del nacido es el marido de la subrogada, a excepción de las dos siguientes posibilidades: que el hijo haya sido desconocido y/o que el marido de la subrogada no haya estado al tanto de la inseminación artificial con el semen de otro hombre, y por tanto no haya sido aprobado. En el segundo caso, el hombre no tiene la posibilidad de desconocer la paternidad.

En cuanto a los aspectos penales relativos a la Ley núm. 40/2004, en el artículo 12, sección 6o. se escribe que está prohibido realizar, organizar o publicar la maternidad por sustitución en cualquier forma. El violar tal prohibición puede ser castigado con la reclusión de 3 meses a dos años y con una multa de 600,000 a un millón de euros. A estas dos penalidades se le agrega la suspensión del ejercicio de la profesión médica de 1 a 3 años. En referencia a la institución sanitaria en donde haya sido realizada dicha práctica de producción del embrión *in vitro*, y la sucesiva transferencia del útero de la madre gestacional, la ley prevé que ésta no pueda efectuar en el transcurso de un año cualquier realización de intervenciones procreativas asistidas.

La subrogación de maternidad no se define precisamente en la Ley núm. 40/2004, por ello la responsabilidad recae totalmente en la figura del intérprete.

Se da por hecho que la prohibición se refiere a los casos de:

- Útero rentado;
- Maternidad subrogada como tal.

Los trasgresores potenciales de dicha prohibición son:

- Médicos y biólogos que participen activamente en la cirugía, formando al embrión *in vitro* y transfiriéndolo al útero de una mujer diferente a la madre biológica;
- Aquellos que participen en una actividad de promoción de cirugías de subrogación; en este caso se castiga a quien organiza y le hace publicidad a la práctica;
- Madres subrogadas y parejas solicitantes; el castigo a los pacientes se prevé si se trata de delito de subrogación de maternidad, como el citado en la sección 6o.

La ley italiana interviene con el fin de tutelar la unidad de la familia, entendida tradicionalmente.

En cuanto a las condiciones para acceder a los tratamientos de PMA se prevén disposiciones sólo en el caso de esterilidad o de infertilidad.<sup>29</sup> Los requisitos para hacerse acreedor a la cura son:

Ser una pareja de sexo diverso, que sean cónyuges o que convivan;

1. Ser estéril o infértil;
2. Ser mayor de edad;
3. Ser en edad potencialmente fértil;
4. Estar vivo.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> Es necesaria una documentación que certifique la infertilidad o la esterilidad de la mujer.

<sup>30</sup> Para profundizar <http://www.salute.gov.it/dettaglio/phPrimoPiano.New.jsp?id=163&area=ministero&colore=2>

La incoherencia de la ley, al referirse al criterio de acceso a la práctica, tiene que ver con los siguientes puntos:

- Respecto al ser una pareja heterosexual, ser cónyuges o que vivan en libre unión, el problema tiene que ver con que es lo que la ley entiende por convivencia dado que no existen parámetros objetivos que lo establezcan. Se excluyen del tratamiento a las parejas homosexuales;
- Respecto a la señalación de que la mujer debe de encontrarse en una edad fértil, no existe un límite máximo de edad que pueda ser señalado en términos gráficos;
- El último punto está dirigido a prohibir la fecundación *post-mortem*. Todavía la ley no es clara si tal prohibición es válida a la hora en la que el cónyuge hipotéticamente muera en fase de tratamiento, después de la fecundación del óvulo y antes de la implantación del embrión en el útero. El propósito de la prohibición es para asegurar al nacido la presencia de un padre y una madre. La disposición de la ley que hemos analizado tiene como fin la tutela del embrión. Como se puede apreciar, la ley italiana tiene lagunas sobre algunos aspectos.

## V. CONCLUSIONES

El desarrollo de la tecnología reproductiva ha establecido una nueva interrogante, delante de la cual se puede eximir una profunda reflexión. Antes que nada quisiera hacer una consideración de lo que he mencionado en este artículo. La primera tiene que ver con una cuestión tanto personal como filosófica, y la segunda, de carácter jurídico, propone relacionar la realidad legislativa de Italia con la de los Estados Unidos Mexicanos, en cuanto a la práctica subrogativa se refiere.

Las posibilidades procreativas son numerosas, y la maternidad por sustitución constituye ciertamente una de éstas. Mi particular posición, respecto a la subrogación de la maternidad, se establece favorablemente en base a tres motivaciones:

- Que el sujeto involucrado tenga la libertad de elegir el instrumento procreativo;

- Impedir el ambiente propicio para evitar que la gente se aproveche de esta práctica;
- Evitar el carácter clandestino que esta práctica puede provocar.

Sostengo que la subrogación de maternidad debe ser reconocida como una realidad contemporánea y como tal, debe de ser reglamentada antes que abandonada a la indiferencia. Se debe legalizar dicha práctica dándole prioridad a la tutela de los sujetos involucrados, especialmente a aquellos que se encuentran en una posición más débil, como lo es la mujer subrogada, que muy a menudo lo hace debido a una necesidad económica, prestándose a la gestación o subrogación a parejas que se encuentran en mejores condiciones económicas.

Respecto a la reflexión de carácter jurídico, en este análisis se ha querido confrontar la legislación italiana y la de dos estados mexicanos, Tabasco y el Distrito Federal.

Como se ha señalado en la ley italiana, no se ha encontrado alguna ley que tenga como objeto la subrogación de la maternidad, de hecho podemos deducir la prohibición de ésta sólo gracias a un análisis de la ley 40 de 2004. Hablando de México, no todos los estados han realizado una legislación. Las únicas excepciones se pueden encontrar en Tabasco, el cual la permite, en el estado de Chihuahua, que la prohíbe, y en el Distrito Federal, en donde una ley ha sido propuesta y aceptada, sin embargo aún no entra en vigor.

Desafortunadamente la ley italiana es demasiado rígida, ya sea en las sanciones, así como en las limitaciones respecto al acceso a las técnicas de reproducción asistida. La definición de maternidad que nos ofrece el código civil italiano resulta anticuada e incoherente respecto a las posibilidades que ofrecen los desarrollos tecnológicos. El término madre, por mencionar un ejemplo, coincide con el artículo 269 C.C. en el cual se establece que ésta es la mujer parturienta. Naturalmente, con la subrogación sabemos que la mujer parturienta no es la única que hoy en día está involucrada en el acto procreativo.

La ley italiana prohíbe la subrogación de maternidad con el fin de evitar una “maternidad múltiple”. Esto ha ocasionado sin embargo, que muchas parejas italianas salgan del país para así resolver el problema.

El caso del Distrito Federal es similar en algunos aspectos, de hecho gracias al análisis de Brena es posible comprender cuáles serían algunos

de los problemas a los cuales se enfrentarían los actores, de publicarse una ley de subrogación en la ciudad de México.

Concluyo diciendo que: “La falta de legislación sobre el tema es preocupante, pero una normativa inadecuada lo es aún más”.<sup>31</sup> Para que exista suficiente coherencia, algunas disposiciones legales deberán ser modificadas.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARÁMBULA REYES, Alma, *La maternidad subrogada*, Servicio de Investigación y Análisis, Subdirección de Gobierno de México, 2008.
- BRENA, Ingrid, “¿Autonomía en la maternidad subrogada?”, V Congreso Latinoamericano y I Congreso Centroamericano, “Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos”, Guatemala, 5 de mayo de 2010.
- , “La maternidad subrogada ¿es suficiente la legislación civil vigente para regularla?”, *Revista de Derecho Privado*, México, año VII, núm. 23, mayo-diciembre de 2009.
- LUCAS LUCAS, R., *Bioética para todos*, México, Trillas, 2003.
- MENDIZÁBAL, Oses, *Derecho de los menores. Teoría general*, Madrid, Pirámide, 1977.
- MILL, John Stuart, *Sobre la libertad*, pról. de Agustín Izquierdo, Madrid, Edaf, 2004.
- MOLASCHI, Bárbara, *La procreazione medicalmente assistita: uno sguardo comparato tra Italia e Inghilterra*, 2010.
- PATEMAN, C., *El contrato sexual*, introd. de María-Xosé Agra Romero, trad. de M. Luisa Femenías, Barcelona, Anthropos, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 1995.
- SHALEV, Carmel, *Birth Power: The Case for Surrogacy*, New Haven, Yale University Press, 1989.
- TONG, Rosemarie, “Feminist Perspectives and Gestational Motherhood: The Need for a Unified Legal Focus”, *Reproduction, Ethics and the Law: Feminist Perspectives*, Bloomington, Indiana University Press, 1995.

<sup>31</sup> Brena, Ingrid, “La maternidad subrogada...”, *cit.*, nota 14, p. 1.