

LA GESTACIÓN SUSTITUTA ANTE LAS PRESTACIONES POR MATERNIDAD UN ESTUDIO COMPARADO ENTRE BRASIL, CHILE Y MÉXICO

Surrogacy versus Benefits by Maternity

A Comparative Study between Brazil, Chile and Mexico

JANAÍNA RECKZIEGEL*

ROMMY ALVAREZ ESCUDERO**

AMALIA PATRICIA COBOS CAMPOS***

RESUMEN

Las técnicas de reproducción asistida son el resultado de los avances tecnológicos en el área de la medicina reproductiva. De todas las técnicas¹ existentes, el presente artículo analiza la gestación por sustitución, conocida popularmente como alquiler de vientre. Sus particularidades dan vida a tres tipos de madre: la madre que alimenta el deseo de procreación, la madre donante de gametos y la madre receptora de embriones, que dará a luz. Derivado de lo anterior, se crea un callejón sin salida con respecto de la prestación de la seguridad social llamada subsidio por maternidad, toda vez que es muy complejo determinar a quién corresponde dicha prestación, vista la existencia de tres madres. En consecuencia, el objetivo del presente artículo se centra en determinar el derecho de la madre (o padre, soltero u homosexual) que concibe a su hijo mediante la gestación por sustitución a percibir el salario de maternidad en Brasil, México y Chile. La metodología empleada parte del método de derecho comparado; asimismo, se utiliza la hermenéutica y la epistemología jurídicas. Como técnica principal se usa la revisión de literatura, legislación y jurisprudencia, que permite concluir que los sistemas

* Universidad del Occidente de Santa Catarina (UNOESC), Brasil. Líder del Grupo de Investigación BIOTEC: Bioética y Derechos Fundamentales. Correo electrónico: janaina.reck@gmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8301-4712>

** Universidad de Valparaíso, Chile. Correo electrónico: rommy.alvarez@uv.cl
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0447-6394>

Trabajo desarrollado por la coautora en el marco del proyecto ANID, Chile, Fondecyt de Iniciación N°11200066 "Nuevo paradigma de la filiación en Chile: hacia una integración de la voluntad procreacional y la socioafectividad en perspectiva de infancia", del que es investigadora responsable.

*** Universidad Autónoma de Chihuahua, México. Correo electrónico: pcobos@uach.mx
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1979-3771>

¹ En este artículo la palabra *técnica* es empleada en sentido amplio, no sólo para describir los procedimientos médicos, mas sí para describir todos los medios efectivos empleados al fin de la reproducción humana.

jurídicos de Brasil, Chile y México carecen de una normatividad adecuada para el tema en estudio, por lo que dejan a la jurisprudencia y a la doctrina solventar las lagunas normativas utilizando, en consecuencia, las fuentes del derecho, en especial la analogía y los principios generales del derecho. En el caso de México es de resaltarse que incluso la jurisprudencia es muy precaria en esta materia. En consecuencia, se estima necesario corregir esta importante omisión legislativa a efecto de garantizar la salvaguarda de los derechos humanos y dar seguridad jurídica a quienes intervienen en la gestación por sustitución, en particular en lo que atañe a sus derechos derivados de la maternidad.

PALABRAS CLAVE: BIOÉTICA, DERECHO COMPARADO, GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, SUBSIDIO POR MATERNIDAD, TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

ABSTRACT

Assisted reproduction techniques are the result of technological advances in the area of reproductive medicine. Of all the existing techniques in this article, it analyzes surrogacy, popularly known as surrogacy, its particularities give life to three types of mothers, the mother who feeds the desire for procreation, the mother donor of gametes and the mother recipient of embryos, who gives birth. As a result of the above, a dead end is generated with respect to the social security benefit called maternity allowance, since it is very complex to determine who corresponds to this benefit, given the existence of three mothers. Consequently, the objective of this article focuses on determining the right of the mother (or father, single or homosexual) who conceives her child through surrogacy to receive the maternity wage in Brazil, Mexico and Chile. The methodology used is based on the comparative law method, also using legal hermeneutics and epistemology. As a main technique, the review of literature, legislation and jurisprudence is used, which allow us to conclude that the legal systems of Brazil, Chile and Mexico lack adequate regulations for the subject under study, leaving jurisprudence and doctrine to integrate normative gaps, using consequently the sources of law, especially analogy and general principles of law; in the case of Mexico, it should be noted that even jurisprudence is very precarious in this area. As a result of the above, we consider it necessary to correct this important legislative omission in order to guarantee the safeguarding of human rights and to give legal certainty to those involved in surrogacy, particularly with regard to their rights derived from maternity.

KEYWORDS: ASSISTED REPRODUCTION TECHNIQUES, BIOETHICS, COMPARATIVE LAW, PAID MATERNITY LEAVE, MATERNITY ALLOWANCE.

Fecha de recepción: 10 de julio de 2022.

Dictamen 1: 13 de enero de 2023.

Dictamen 2: 30 de enero de 2023.

<https://doi.org/10.21696/rcsl132420231472>

INTRODUCCIÓN

Inserto en el campo de los avances tecnológicos, en la biomedicina y, en particular, en el campo de la medicina reproductiva se han generado las técnicas de reproducción asistida, que de suyo han presentado retos anteriormente impensables a los sistemas jurídicos existentes y que representan una esperanza de gestación para aquellas personas aquejadas de infertilidad, esterilidad, o que por otras causas no pueden llevar a buen término un embarazo. Las referidas técnicas interfieren en el acto reproductivo con la fecundidad, muchas veces realizadas completamente fuera del cuerpo de la mujer, utilizando medicamentos y equipo especializado para la manipulación de materiales biológicos como los gametos y los embriones.

La gestación por sustitución o cesión temporal del útero es una de las técnicas de reproducción asistida. En ella, la gestación es realizada por una mujer a favor de otra, la cual es quien deseaba el embarazo, habiendo o no proporcionado el material genético y a quien se entrega el niño después del nacimiento.

Al respecto, hay un estancamiento en la legislación en relación con las prestaciones de seguridad social por maternidad a que tienen derecho las mujeres trabajadoras. El presente artículo se enfoca, en concreto, a la percepción conocida en la doctrina como subsidio por maternidad. El conflicto se deriva de la existencia de hasta tres figuras maternas: la que desea procrear (puede tratarse también de un padre soltero u homosexual); la madre donadora de los gametos en el caso de que no provengan de la primera mencionada, y la madre receptora de los embriones, que gestará y posteriormente parirá.

La investigación, de corte teórico dogmático, parte de la problemática de la necesidad de regular la concesión de las prestaciones sociales por maternidad en los casos de gestación por sustitución o cesión temporal del útero, concretamente la que se traduce en el subsidio por maternidad, toda vez que dichas prestaciones no están previstas en la legislación para la madre que gestó su hijo en el útero de otra mujer y que no ha dado a luz, pero que requiere la licencia de maternidad para integrar el hijo a su familia. Se centra en Brasil, Chile y México, para realizar una revisión en estos tres países, por considerar que en ellos existe una realidad paralela de los problemas en estudio y que, además de no encontrar en ninguno de los tres legislación adecuada al respecto, las soluciones se han venido dando en contextos diferenciados, de tal suerte que tampoco los casos resueltos pueden representar un paradigma o precedente para una solución jurídicamente sustentada en el marco de los derechos humanos de quienes intervienen.

El diálogo entre países sobre la reproducción asistida, como objeto de comparación, se basa en un esfuerzo científico, tecnológico e innovador para buscar y discutir alternativas a la bioética y los derechos fundamentales, en especial en este momento, en lo que se refiere a la seguridad social. Este propósito fue posible gracias a la cooperación entre los investigadores. Con ese espíritu, se intenta extraer y comprender los momentos actuales de cada Estado para obtener y posibilitar resultados complacientes a los desafíos reproductivos.

La relevancia de la investigación se sustenta en el hecho de que la legislación que regula la seguridad social en estos tres países no contempla la gestación por sustitución en los supuestos de licencia por maternidad ni el pago del subsidio que ésta conlleva. Así, requiere ser regulado por los legisladores para llenar esta laguna que deriva en omisión legislativa, con claro detrimento en la esfera jurídica de los que intervienen en la gestación mencionada.

REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN SU REGLAMENTACIÓN EN BRASIL, CHILE Y MÉXICO

Se denomina reproducción asistida (RA), reproducción humana asistida (RHA) o técnicas de reproducción asistida (TRA) al conjunto de técnicas, tecnologías, equipamientos, procedimientos médicos y biomédicos puestos en laboratorio experto para tornar posible la vida, por ejemplo, la fertilización de un embrión *in vitro* (Corrêa y Loyola, 2015). Las referidas técnicas no se limitan a suplir la deficiencia biológica, sino que también deben tomar en consideración el proceso social y jurídico que conlleva (Ruiz-Burgos y Flores-Medina 2018).

Corleta y Frajndlich (2007) conceptualizan la reproducción asistida como un conjunto de técnicas para el tratamiento de la infertilidad conyugal que involucra la manipulación en laboratorio de por lo menos dos gametos: espermatozoides y óvulos. Tiene como finalidad realizar la fecundación fuera del cuerpo de la mujer. Las técnicas interfieren en el acto reproductivo mediante la utilización de medicamentos, equipo de laboratorio y manipulación de material biológico como gametos y embriones (Araújo y Araújo, 2018).

En general, las parejas que han sido diagnosticadas con esterilidad o infertilidad son quienes acuden a los centros de reproducción asistida (Silva, 2011). En busca de superar tal dificultad, un gran número de mujeres deciden someterse a estas técnicas, ya que la experiencia improductiva puede ser agotadora y puede llevar a

las parejas a la separación después de intentos infructuosos de generar un descendiente (Ribeiro, 2004, p. 53).

El primer “bebé de probeta” en el mundo nació en 1978, lo que marcó un extraordinario progreso en los problemas relacionados con la fertilidad humana (Corleta y Frajndlich, 2007). Tanto en Brasil como en Chile, el primer niño gestado por medio de técnicas de reproducción asistida nació en 1984 (Araújo y Araújo, 2018), mientras en México no fue hasta 1988 (Cruz, 2003).

Al respecto, las técnicas de reproducción asistida (TRA) pueden clasificarse como homólogas cuando se utilizan los gametos de la pareja y heterólogas cuando son utilizados gametos masculinos, femeninos o ambos de donadores (Souza, 2010). Freire Júnior y Batista (2017) añaden que la técnica homóloga consiste en la unión de los gametos de la pareja y la heteróloga es cuando la utilización de donadores anónimos impide detectar el lazo biológico. Además, los procedimientos médicos se realizan de distintas formas. En este punto, es posible señalar algunas técnicas de reproducción asistida: la inseminación intrauterina (IIU), la fertilización *in vitro* (FIV) y la inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI). Estos procedimientos pueden realizarse con los gametos de la pareja o con espermatozoides y óvulos donados en el caso de esterilidad o de transmisión de enfermedades dominantes (Corleta y Frajndlich, 2007).

Según Freire Júnior y Batista (2017, pp. 6-7), la inseminación artificial (IIU) consiste en el depósito de semen en la cavidad uterina; es simple y puede ser realizada en el consultorio médico. El objetivo de ésta son los preembriones que serán trasladados al útero. Aquí, los materiales genéticos son mantenidos en ambiente de laboratorio. Distintamente al propósito de la técnica anterior, la fertilización *in vitro* implica una serie de procedimientos médicos y biológicos que tienen como intención facilitar la unión de óvulo y espermatozoide en laboratorio, a fin de obtener los embriones que serán insertados en el útero de la mujer (Freire Júnior y Batista, 2017).

Por último, la inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI) es un procedimiento efectuado en el laboratorio, donde se realiza la inyección de espermatozoide de manera directa dentro del óvulo. En la transferencia de embriones, gametos o cigotos (GIFT y ZIFT), la fecundación podrá ocurrir fuera del cuerpo de la mujer o en las trompas de Falopio, dependiendo de si la transferencia es de gametos o de cigotos, para procurar aumentar el éxito en la anidación (Freire Júnior y Batista, 2017).

En lo relacionado con las técnicas de reproducción asistida, es importante, asimismo, destacar la regulación en los tres países en estudio. En Brasil, la regulación existente proviene del Consejo Federal de Medicina, es la Resolución No.

2320/2022, que determina las normas éticas para la utilización de técnicas de reproducción asistida en este país. La resolución establece principios que deberán cumplirse en la utilización de estas técnicas, a fin de atender el objetivo de auxiliar en los problemas relacionados con la reproducción humana (Brasil, 2022). Por lo tanto, no existe una legislación específica y suficiente respecto al tema.

En Chile es evidente la ausencia de reglamentación definida sobre el tema. Únicamente existen tres documentos al respecto. El primero es un antiguo reglamento administrativo sobre las técnicas de fertilización *in vitro* (FIV), la Resolución No. 1.072/1985, denominada “Normas aplicables a la fertilización *in vitro* y la transferencia embrionaria”, aplicables sólo a los centros públicos de medicina reproductiva. El segundo es la Ley No. 19.585/98, que modificó el sistema de filiación al incluir en el artículo 182 del Código Civil chileno la filiación por medio de la técnica de reproducción asistida (Coxir *et al.*, 2014). De igual modo, destaca la resolución No. 49 del Ministerio de Salud de Chile, que, mediante el reconocimiento de la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida en el área administrativa, incorporó en el Fondo Nacional de Salud —aunque de forma limitada— ocho beneficios relativos a la fecundación asistida. Empero, en esta incipiente regulación chilena no se considera el tema de las personas solteras ni el de las parejas homosexuales.

Hasta la fecha, México carece de alguna normatividad federal que regule esta figura jurídica; únicamente ha sido prevista en los Códigos Civiles y de Familia de algunas entidades federativas. Ruiz-Balcázar y Valdés (2017) señalan que en México la situación regulatoria de la gestación subrogada es tan precaria que sólo el estado de Tabasco regula su existencia. Aunque debemos añadir que en la actualidad también los estados de Sonora y Sinaloa la prevén; este último regula la contratación onerosa; en tanto Aguascalientes, Coahuila de Zaragoza, San Luis Potosí y Querétaro la prohíben.

Coahuila de Zaragoza considera inexistente cualquier pacto o acuerdo que involucre el embarazo realizado a nombre de otra persona, en virtud del hecho de que sólo autoriza como beneficiarios de la TRHA a quienes se encuentren unidos en matrimonio o concubinato e incluso en el caso de implantación de óvulo fecundado en una mujer de la que no proceda el material genético ordena atribuirle la maternidad a ésta. Querétaro prohíbe a las parejas que adoptan embriones contratar el útero de una tercera mujer.

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN O CESIÓN TEMPORAL DEL ÚTERO

La gestación por sustitución o cesión temporal del útero es viable con el empleo de las técnicas de reproducción humana asistida. Un ejemplo es la fertilización *in vitro*; en ella, el óvulo se une al espermatozoide fuera del cuerpo de la mujer, que formarán un embrión que se transportará al útero de la mujer gestante (Freire Júnior y Batista, 2017).

Popularmente llamada “vientre de alquiler”, la gestación por sustitución o la cesión temporal del útero, como fue llamada por el Consejo Federal de Medicina de Brasil en la resolución No. 2230 del 1º de septiembre de 2022, también es conocida como maternidad de sustitución, maternidad por subrogación y gestación por otro (Souza, 2010). De igual manera, se utilizan denominaciones como préstamo de útero, útero de alquiler, gestación subrogada, madre subrogada, préstamo de madre, madre sustituta, madre anfitriona, madre en procuración, entre otras (Silva, 2011).

El término más común en Brasil es vientre de alquiler, inadecuado en este país en el que tiene que ser a título gratuito y, por ende, libre de cualquier contraprestación de carácter financiero (Silva, 2011), así se desprende de la precitada Resolución No. 2320/2022 del Consejo Federal de Medicina, que reglamenta la técnica y prevé de modo expreso que la cesión temporal del útero no puede tener carácter lucrativo o comercial (Brasil, 2022).

Para Meirelles (1998, p. 23), la cesión temporal del útero consiste en la gestación de un ser humano realizada por una mujer en favor de otra con alguna imposibilidad referente a la gravidez, con la finalidad de que, con posterioridad al nacimiento con vida del niño, éste sea entregado a la interesada, renunciando la gestante en su favor a todos los derechos relativos a la maternidad. Silva (2011) define la gestación por sustitución como el acto por el cual una mujer cede su útero para gestar al hijo de otra, a quien le será entregado después del nacimiento, asumiendo la condición de madre la mujer que aspira a ser madre o donadora del material genético. En otras palabras, la cesión temporal del útero es una técnica de reproducción humana asistida que se origina como una necesidad de las familias debido a problemas de salud como esterilidad, infertilidad o cualquier otra dificultad de procreación (Freire Júnior y Batista, 2017).

En Brasil, la cedente temporal del útero debe pertenecer a la familia de uno de los integrantes de la pareja. Dicho parentesco debe ser por consanguinidad hasta el cuarto grado, y las situaciones diversas a las mencionadas estarán sujetas a la autorización del Consejo Regional de Medicina (Brasil, 2022).

La incapacidad de reproducirse naturalmente es uno de los padecimientos que más afectan a los seres humanos. La medicina reproductiva y la reproducción asistida fueron creadas para resolver esta problemática (Félix, 2009). La crianza originada en esos casos podrá tener tres figuras de madre: 1) madre comitente o institucional, que nutre el deseo de procreación con ayuda de la ciencia; 2) madre genética, que tiene identidad de genes con el hijo, o sea, la donadora de gametos, y 3) madre biológica, anfitriona, portadora o natural, que es la receptora de embriones, aquella que da a luz al producto de la concepción (Silva, 2011). En el mismo sentido, Cantuaria (2002, p. 110) considera que tres mujeres distintas involucradas en el procedimiento pueden ser llamadas madres: la afectiva o comitente, la genética o donadora de los gametos y la biológica o gestacional.

Chinellato (2000) afirma que los términos madre genética y biológica deben ser utilizados como sinónimos porque existe identidad entre ambos; aunque la autora prefiere utilizar el término madre genética o biológica y genetrrix cuando se refiere a la donadora del óvulo y madre gestacional o gestatrix para designar a aquella que dará a luz al producto de la concepción. Freire Júnior y Batista (2017, p. 7) señalan el hecho de que en la cesión temporaria del útero jamás debe ser utilizado material genético de la receptora, o sea, la mujer que acepta gestar la descendencia de terceros, a fin de proteger la relación entre los participantes de la inseguridad jurídica provocada por la falta de reglamentación legislativa.

Silva (2011) destaca algunos posibles problemas en la gestación por sustitución. Por esta razón, afirma, resulta esencial que haya un documento que contenga el consentimiento libre e informado de todos los involucrados, en el que se plasme la relación triangular establecida mediante el préstamo de útero.

Respecto a lo anterior, la Resolución 2320/2022 del Consejo Federal de Medicina a que hemos venido aludiendo, determina cuáles son los documentos y observaciones que deberán constar en el expediente del paciente en las clínicas de reproducción asistida, esencialmente: formulario de consentimiento libre e informado, suscrito por los comitentes y por la cedente temporal del útero, en que se contemplen los aspectos legales de la filiación; informe médico que acredite la situación clínica y emocional de todos los involucrados; formulario de compromiso entre los pacientes y la cedente temporal del útero, en el que se establezca con claridad la filiación del niño; compromiso por parte de los pacientes contratantes de servicios de RA de tratamiento y acompañamiento médico; compromiso del registro civil del niño por parte de los comitentes, y aprobación por escrito del cónyuge o compañero si la cedente temporal del útero está casada o vive en unión libre (Brasil, 2022).

En los casos de gestación por sustitución, el elemento volitivo resulta total en lo relativo a la filiación, toda vez que la atribución de la maternidad y la paternidad afecta a la mujer o pareja que se involucraron, con independencia de su identidad genética con el producto de la gestación. Así, la maternidad deberá ser atribuida a la madre comitente, aun en el caso de que requiera la donación de óvulos, espermatozoides, o implantar su embrión en una tercera mujer (Silva, 2011). La paternidad, en cambio, requiere la expresa conformidad del marido o compañero en lo que atañe a la utilización de un útero ajeno. Es admisible, en este sentido, la presunción a que alude la fracción III del artículo 1.597 del Código Civil Brasileño, incluso en relación con la pareja, ante la paternidad de intención, basada en el afecto (Silva, 2011). Aunque el embarazo de sustitución no está prohibido en Brasil, es notoria una brecha legal con respecto de su regulación, lo que dificulta la solución de los problemas derivados de ella (Silva, 2011).

En Chile, en lo que se refiere a la gestación por sustitución, hay un silencio normativo no sólo en el aspecto legislativo, sino también en el campo administrativo de la salud y la seguridad social. En consecuencia, los tribunales chilenos son a quienes ha correspondido llevar a cabo una labor de integración, en particular en lo que respecta a la determinación de la maternidad en favor de la madre comitente, superando la regla general de su atribución en razón del parto conforme lo establecido por el artículo 183 del Código Civil chileno.

A fin de contextualizar esta situación se hará alusión a dos causas llegadas al conocimiento de la justicia chilena. La primera de ellas fue resuelta mediante sentencia pronunciada el 6 de enero de 2018; la madre sustituta era la madre de la comitente. En la segunda, cuya sentencia fue dictada el 3 de diciembre de 2018, la madre sustituta era la mejor amiga de la madre genética. En ambos casos, los padres comitentes fueron los aportantes de los gametos masculinos. Se resolvió por los tribunales de primera instancia la determinación de la maternidad en favor de las madres comitentes con sustento en normas constitucionales y convencionales contenidas en tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Chile (Chile, 2005). La consideración del interés superior de los/as niños/as nacidos/as, su derecho a vivir en su propia familia, así como su derecho a la identidad, fueron determinantes en las decisiones adoptadas.

En cuanto a Brasil, en la actualidad no tiene una ley reglamentaria de este procedimiento. La mencionada Resolución No. 2320/2022 del Consejo Federal de Medicina es la que tiene eficacia ética y moral. Sin embargo, Freire Júnior y Batista (2017) dicen que las técnicas de reproducción asistida dependen de una estandarización legislativa para la seguridad jurídica de quienes eligen esa vía para concebir.

Acerca de la inscripción en el Registro Civil del nacimiento del niño producto de esta técnica, la Previsión No. 52 del 14 de marzo de 2016 del Consejo Nacional de Justicia reglamentó tal inscripción sin previa autorización judicial. Recientemente, el anterior proveído fue sustituido por el No. 63 del 14 de noviembre de 2017 del Consejo Nacional de Justicia (Brasil, 2017), en cuyos artículos 16 al 19 se regula el registro de nacimientos y la emisión del respectivo certificado de los hijos producto de la reproducción asistida, exigiendo la presencia de ambos padres, salvo cuando estén casados o estén unidos en concubinato y aquel que comparece al acto de registro presente certificado o resolución que acredite tal condición.

Hasta fechas muy recientes, la doctrina cuestionaba al Registro Civil la ausencia de reglamentación jurídica para inscribir el nacimiento de los niños nacidos mediante gestación por sustitución, ya que el documento idóneo para ello asienta como madre sólo a quien alumbra (Silva, 2011). Esta cuestión parece resuelta con el proveído No. 63 antes citado, que determina que en los casos de gestación por sustitución el nombre de la parturienta no se hará constar en el registro civil, siempre y cuando conste en el formulario firmado por la gestante temporal su voluntad en este sentido (Brasil, 2017). En relación con los hijos de parejas homosexuales, en la partida de nacimiento deberán constar los nombres de ambos ascendientes, sin referencia o distinción en cuanto a ascendencia materna y paterna (Brasil, 2017). Se obliga a los oficiales registradores a inscribir el nacimiento y expedir el certificado correspondiente, so pena de aplicación de medidas disciplinarias adecuadas (Brasil, 2017).

En México se le conoce popularmente como maternidad subrogada o gestación por sustitución, esencialmente por la doctrina, y a causa de la escasa legislación al respecto. Tampoco puede servir de sustento la jurisprudencia como ocurre en Chile, ya que es igualmente muy escasa en esta materia. Entre las pocas resoluciones destacables se puede aludir al Amparo en Revisión 602/2018 (México, 2018), que determina de manera pragmática que en la esfera económica es a las entidades federativas a quienes corresponde legislar en la materia, pero que los aspectos de salud pública que abarca esta figura son competencia de la federación, toda vez que dicha competencia está prevista en la Constitución, empero la legislación aplicable es prácticamente nula.

Pérez (2017) afirma que el derecho mexicano ha sido omiso en la regulación de esta figura jurídica, ya que no ha examinado siquiera la naturaleza intrínseca de ésta ni los problemas de considerarla como un contrato, con las consecuencias de ser tratada como una figura patrimonial y no como una que genera colisiones de derechos que pueden, incluso, afectar los derechos humanos de las partes. La

única legislación al respecto se ha originado muy escasamente en los estados de Tabasco, Sonora y Sinaloa.

En el estado de Tabasco, el Código Civil (Congreso del Estado de Tabasco, 1997) prevé, en el artículo 92, párrafo tercero, que se presume la maternidad de la madre contratante y se deberán aplicar las reglas de la adopción plena. De igual modo, en el párrafo subsecuente define a la madre gestante sustituta y la distingue de la subrogada estableciendo que será madre sustituta:

[...] la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. [...] la madre subrogada provee ambos [...]. 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 (Congreso del Estado de Tabasco, 1997).

El Código de Sonora, por su parte, en el artículo 206, en lo conducente, lo considera como parentesco voluntario. Y el diverso 207 establece que cuando el embarazo se obtenga por estas técnicas con material genético de personas distintas de uno o ambos cónyuges o concubinos, los que usen de manera voluntaria dichos gametos serán considerados padres biológicos, siempre que hayan otorgado de modo expreso su autorización. El hijo podrá solicitar, al llegar a la mayoría de edad, informes sobre el padre biológico en los mismos casos que en la adopción plena, sin reclamar ningún derecho filiatorio (Congreso del Estado de Sonora, 2009).

El artículo 208 de este Código, por su parte, determina que el consentimiento de los cónyuges o concubinos en la reproducción asistida equivaldrá a la cohabitación para efectos de la paternidad considerándose como padres biológicos para los efectos legales, relevando al donante de cualquier derecho u obligación respecto del hijo así engendrado (Congreso del Estado de Sonora, 2009).

En Sinaloa es regulada esta figura por el Código de Familia de Sinaloa (Congreso del Estado de Sinaloa, 2013), en cuyo artículo 283 se define la maternidad subrogada como:

[una] práctica médica mediante la cual una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando la mujer padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión (Congreso del Estado de Sinaloa, 2013).

Este mismo Código limita la edad de las madres subrogadas de 25 a 35. Además, prescribe que éstas tengan un hijo consanguíneo sano, una buena salud psicológica y que hayan dado su consentimiento voluntario para prestar su vientre (Congreso del Estado de Sinaloa, 2013).¹

Salvo la legislación citada de carácter estatal, en México no existe regulación federal. Las restantes entidades federativas no prevén la maternidad subrogada, sino que, salvedad hecha de las ya mencionadas, la prohíben.

Por lo que atañe a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se encontraron cinco pronunciamientos, todos ellos de junio de 2022, en los que se marcan algunas directrices en relación con este problema. En primer lugar, la que, bajo el rubro “Gestación subrogada o por sustitución. El asentamiento de una persona recién nacida sólo se hará mediante adopción plena cuando se trate de la modalidad de gestación subrogada, no así cuando se trate de la modalidad de gestación por sustitución” (México, 2022),² se pronuncia acerca de la distinción, que el ya mencionado Código Civil de Tabasco enuncia, entre madre por sustitución y maternidad subrogada (México, 2021). La tesis diversa “Gestación subrogada o por sustitución. La imposición de un rango de edad para ser madre contratante es discriminatoria y vulnera el derecho humano a la autodeterminación reproductiva”³ determina la inconstitucionalidad del establecimiento de un rango de edad para la madre gestante, como sí lo hace el Código de Tabasco antes analizado.

De igual modo, se ha pronunciado sobre la innegable competencia federal en materia de salud en cuanto a la figura analizada (México, 2022).⁴ Una tesis, que no por ser aislada es menos trascendente, es la que, bajo el rubro “Gestación subrogada o por sustitución”, precisa “pautas mínimas de actuación dirigidas a las autoridades encargadas de supervisar la validez de un contrato de esta naturaleza” y determina, en particular:

[...] el carácter *sui generis* del contrato de mérito, así como [...] el grave contexto de desigualdad de género que [...] prevalece en nuestra sociedad, son dos razones fundamentales para que a

¹ En relación con este requisito se ha pronunciado ya la Suprema Corte de Justicia de la Nación afirmando que es discriminatoria y atenta contra la autodeterminación reproductiva.

² Esta tesis se publicó el viernes 17 de junio de 2022 a las 10:23 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

³ La Tesis de jurisprudencia 86/2022 (11a.) fue aprobada por la Primera Sala de este alto tribunal en sesión privada de 8 de junio de 2022 y fue publicada en el Semanario Judicial de la Federación el 20 de junio de 2022.

⁴ “Gestación subrogada o por sustitución. El perfil de salud de la madre contratante es una cuestión que, al ser materia de salubridad general (en particular, de planificación familiar), corresponde ser determinada por la autoridad federal” (México, 2022).

juicio de esta Primera Sala [...] resulte indispensable implementar determinadas salvaguardas respecto al consentimiento expresado por las [...] personas gestantes [...], así como con respecto a las [...] consecuencias que podría generar su incumplimiento (México, 2021).

SALARIO POR MATERNIDAD EN LOS CASOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. ¿A QUIÉN CORRESPONDE EL DERECHO?

La licencia por maternidad tiene por objeto proteger tanto a la mujer trabajadora, que se encuentra física y psicológicamente vulnerable durante la gravidez y en el puerperio, como a la maternidad, lo que posibilita la convivencia entre madre e hijo en los primeros momentos en que se constituye este vínculo, ya sea por nacimiento o adopción (Viola, 2017). En Brasil, el derecho laboral concreta la protección a la madre trabajadora, a la par que la Ley de Seguridad Social determina el salario por maternidad y protege a la madre mediante el Instituto de Seguridad Social (Viola, 2017).

Martins (2016, p. 538) refiere que existen diversas denominaciones como licencia de gestante (prevista en el artículo 7º, fracción XVIII, de la Constitución brasileña) y licencia de maternidad, y al salario percibido en ese período se le designa salario de maternidad. Este mismo autor considera que la expresión licencia de gestante o licencia de maternidad se refiere al período que la trabajadora se ausenta de su empleo; mientras salario de maternidad designa el pago realizado por el instituto de seguridad social respectivo a la asegurada durante su licencia y aclara que la Ley No. 8.213/91 utiliza la expresión salario de maternidad (Martins, 2016).

En Brasil, de acuerdo con la legislación en vigor, la percepción de este salario está condicionada a la ausencia de la asegurada/o del trabajo o actividad desempeñada, siendo la Seguridad Social la que cubra el salario durante el período de 120 días que puede iniciar desde 28 días antes del parto y la fecha de éste (Brasil, 1991). En caso de adopción, el beneficio está garantizado al asegurado/a que adopta o que obtiene la custodia del niño para fines de adopción y por el mismo plazo de 120 días, pero limitado a un solo asegurado/a, pese a la concurrencia de cónyuges o concubinos. Pero, además, se prevé que la madre biológica tiene derecho a estas prestaciones, aunque dé en adopción al niño (Brasil, 1991).

En el contexto, en las situaciones de gestación por sustitución, ¿cuál de las mujeres podría hacer uso del salario de maternidad?, ¿la genética, la comitente o aquella que gesta y da a luz? Asimismo, cuando se trata de parejas homosexuales,

¿tendrían derecho al beneficio los padres que realizaron la procreación a través de la gestación solidaria? Según lo ya apuntado con antelación, en Brasil existe una laguna normativa en lo tocante a incluir la gestación por sustitución en el beneficio del salario por maternidad; queda a cargo del Poder Judicial la tarea de decidir con base en las fuentes del derecho (Brasil, 1943). En ese sentido, la doctrina y la jurisprudencia van reconociendo el derecho de la madre genética, la comitente que desea la procreación, el derecho al salario de maternidad, aplicándose por analogía las normas relativas a la adopción, o la custodia para fines de adopción debido a su similitud fáctica (Viola, 2017).

En los casos de adopción en que la madre adoptiva no pasa por la gestación o parto, tales como en la fertilización *in vitro* utilizada en la gestación por sustitución, hay una fuerte posibilidad de lograr el derecho. Cassar (2017) sostiene que la licencia de maternidad debe ser concedida tanto a la madre biológica como a la adoptiva; resalta que si se trata de la adopción de más de un hijo coetáneamente, el empleado sólo tendrá derecho a una licencia y a una prestación. Además, si tiene más de un trabajo, en todos disfrutará del descanso y recibirá el salario de maternidad por ambos.

En el artículo 392-A de la Consolidación de la Ley de Trabajo en Brasil se dispone que la “trabajadora que adopta u obtiene la custodia judicial de un niño o adolescente para fines de adopción, le será concedida la licencia de maternidad en los términos del artículo 392 de esta Ley” (Brasil, 1943), en el que se prevé un plazo de 120 días como licencia de maternidad. En relación con este beneficio, los tribunales superiores se han mostrado proclives a resolver las causas relacionadas con la gestación por sustitución (Viola, 2017), incluso en lo que atañe al salario de maternidad. Por ejemplo, la primera sala del Tribunal Regional Federal de la 5ª Región confirmó la sentencia dictada por el 12º Tribunal de Justicia de Pernambuco concediendo 180 días de licencia de maternidad a la trabajadora sometida a fertilización *in vitro* y gestación por sustitución. En el caso, la controversia giró en torno al plazo de 180 días a la madre gestante y 150 días a la madre adoptante. En la hipótesis, el tribunal consideró que se trataba de filiación biológica, por lo que la madre que gestó al niño mediante la cesión de útero debía tener derecho al salario por maternidad por el período de 180 días (Brasil, 2012). Esta resolución fue emitida en los autos de la Apelación Civil No. 534999, en relatoría del juez Francisco Cavalcanti, en la que se confirió por analogía el tratamiento dispensado a la madre gestante, ya que no hay previsión legal para la hipótesis de fertilización *in vitro* con gestación en vientre de alquiler (Brasil, 2012).

En la sentencia citada se resolvió que, en el tipo de concepción en estudio, la madre biológica no sufre con los procedimientos de gestación y parto, pero sí es sometida a varios procedimientos a efecto de hacer viable la fertilización; además de padecer las consecuencias psicológicas típicas de una madre gestante por el hecho de acompañar la gestación de su hijo en útero ajeno (Brasil, 2012). Se añade que la finalidad del beneficio es cumplimentar una necesidad inmediata del niño, quien necesita la atención de la madre para un adecuado desarrollo físico y mental, esencialmente en sus primeros meses de vida (Brasil, 2012).

Se puede concluir que la situación de la madre genética que opta por una gestación de sustitución guarda más relación con la condición de madre gestante que la madre adoptante, al tomar en consideración el lazo genético habido con el niño. Por lo tanto, debe considerarse madre biológica a la que opta por concebir un hijo por medio de gestación por sustitución, al igual que a la madre gestante (Brasil, 2012). Visto lo anterior, el tribunal confirió licencia de maternidad por 180 días a la madre gestante y no de 150 días que es el derecho de la madre adoptante (Brasil, 2019b). Pese a la opinión doctrinaria en contrario expresada por autores como Martins (2016), según el cual únicamente la madre sustituta tendría derecho al beneficio, derivado de la gestación y el parto, se considera que la prestación debe concederse a ambas (Viola, 2017).

Entonces, se debe prestar atención a los propósitos de la licencia y el salario por maternidad, que es proporcionar apoyo financiero a la mujer para que pueda restaurar su salud en el posparto y tiempo a la madre para dedicarse al niño dándole a éste la atención y los cuidados necesarios en la primera etapa de vida, facilitar la lactancia y la adaptación de madre e hijo generándose los vínculos de afecto.

Para las parejas homosexuales que optan por la técnica de gestación solidaria no es diferente, ya que la propia Ley No. 8.213, de 24 de julio de 1991, dispone, en el artículo 71-A, que “el asegurado o asegurada de la Seguridad Social que adopta u obtiene la custodia de un niño con fines de adopción deben percibir el salario por el período de 120 días” (Brasil, 1991) y puede ser aplicada la analogía a la gestación por sustitución.

En ese sentido, el Tribunal Regional Federal de la 3ª Región, en el procedimiento de Apelación Civil 0015901-31.2014.4.03.6100, reconoció el derecho al salario de un padre soltero cuya prole fue concebida por medio de técnicas de sustitución de maternidad *in vitro* y gestación de sustitución (Brasil, 2019a). En su voto, el juez federal Souza Ribeiro afirmó que, pese a la ausencia de previsión legal al respecto para la concesión del beneficio de salario por maternidad al padre soltero que gestó

a su hijo mediante la fertilización *in vitro* y gestación por sustitución, es factible otorgarlo por analogía en los términos del artículo 4° de la Ley Introductoria a las Normas del Derecho Brasileño (Brasil, 2019a). Planteó así la preocupación de los tribunales y del legislador por la protección de las diversas formas de familia que se presentan en la sociedad y destacó los principios de protección a la familia y el interés superior de los niños, niñas y adolescentes en construcciones modernas, con fundamentos constitucionales bien establecidos (Brasil, 2019a).

El Estatuto de la Primera Infancia (Ley No. 13.257/16), que dispone sobre los derechos de los niños de hasta seis años, refiere que cada vez existen más evidencias científicas de que la presencia de los padres y el contacto físico y emocional con ellos en la primera infancia es fundamental para su desarrollo (Brasil, 2019a).

También es de resaltar el principio del interés superior del menor. El ponente señaló que prohibir la presencia de los padres solteros de familias monoparentales a los hijos nacidos por técnicas de gestación subrogada durante la primera infancia violaría los principios de igualdad material y de proporcionalidad (Brasil, 2019a). En este sentido, fue desestimada la apelación civil interpuesta por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia que juzgó procedente la demanda de concesión del beneficio del salario por maternidad a un padre soltero de gemelos concebidos por medio del proceso de fertilización *in vitro* y gestación de sustitución (Brasil, 2019c).

Sobre la laguna normativa en lo relativo al salario por licencia de maternidad en los casos de gestación por sustitución en Brasil, los tribunales van reconociendo de manera acertada el derecho a este beneficio social para las mujeres y los hombres que se convierten en madres o padres utilizando la técnica también conocida como cesión temporal del útero.

En Chile, el tema ha sido poco debatido en la jurisprudencia del país, pese a ser una cuestión que demanda atención porque está relacionada con los objetivos perseguidos por ese tipo de beneficio. En efecto, la legislación laboral en Chile, desde sus orígenes, ha dado especial atención a la protección de la mujer trabajadora, lo que se explica, en gran medida, por el propósito de proteger la maternidad y la familia (Caamaño, 2009). Al inicio enfocado a la capacidad reproductiva de las mujeres trabajadoras y el desgaste que provocan la gravidez y el parto, en las últimas décadas el beneficio de la seguridad social chilena se ha abierto para incluir otros importantes objetivos como la protección de la familia en su papel de integración, educación y cuidado de los niños y su relación con la paternidad y el trabajo (Casas y Valenzuela, 2012). En esta área, el trabajo que corresponde tanto a la madre como

al padre es de trascendencia, basado en el principio de corresponsabilidad parental en torno al cuidado y al apego de los hijos en la primera infancia, que condiciona su desenvolvimiento físico y emocional.

Es importante considerar que el beneficio social constituye un medio de preservar las relaciones especiales que se generan entre padres e hijos durante el período posterior al nacimiento, y que en el caso de la gestación por sustitución alcanza mayor relevancia, de manera similar a lo que ocurre en la adopción o en la concesión de la custodia (Casas y Valenzuela, 2012).

En el sistema chileno, el Título II del Código del Trabajo (Chile, 2003) contiene las reglas relativas a la maternidad, la paternidad y la vida familiar. El artículo 195 del referido cuerpo legal establece el derecho a seis semanas de reposo prenatal para las trabajadoras y doce semanas después del parto. Contempla también, en el artículo 197 bis, el derecho a la licencia parental posnatal de doce semanas después del período posnatal, cuya base es la misma del subsidio de licencia de maternidad, período que puede ser aumentado a dieciocho semanas si la mujer, después de concluir el reposo posnatal, opta por retornar al trabajo con jornada reducida a la mitad, caso en el que tiene derecho a percibir la mitad del subsidio. En el caso de que ambos progenitores sean trabajadores, la misma norma establece, a elección de la madre, la posibilidad de que cualquiera de ellos disfrute de un permiso parental en condiciones similares (Chile, 2003).

La legislación de Chile también establece reglas de protección en situaciones relativas al cuidado de la salud del hijo cuando éste tenga alguna enfermedad grave, para lo cual hace la distinción entre menores de un año y mayores de esa edad. En el primer caso, el artículo 199 del ordenamiento legal citado establece el derecho de licencia con subsidio a favor de la madre trabajadora por un período determinado por el servicio de salud correspondiente; la madre decidirá si es ella o el padre quien hace uso de la licencia y recibe el subsidio, en el caso de que ambos padres sean trabajadores. Tiene derecho a esta misma licencia y al respectivo subsidio el trabajador que tenga un menor de un año bajo su cuidado, a partir del momento en que le sea concedida judicialmente su guarda y custodia (Chile, 2003).

En el ámbito de la adopción, habiéndose iniciado una causa por adopción, y antes de ser dictada la sentencia que establece la filiación adoptiva, el juez, conforme lo establecido en el artículo 19 de la Ley N°19.620, está facultado para confiar a los requirentes el cuidado personal del niño/a. En este caso, los futuros padres, siendo ambos trabajadores, gozan de los mismos beneficios antes enunciados, incluida la licencia parental posnatal en iguales condiciones (Chile, 1999).

Cabe añadir que, en su labor interpretativa, la Dirección del Trabajo ha establecido que el trabajador que tenga un menor a su cargo por habersele concedido judicialmente como medida de protección el cuidado de éste en el ámbito de un proceso de adopción tiene derecho a la licencia parental posnatal establecida en el artículo 197 bis del Código del Trabajo. También prevé que, cuando el niño tiene menos de seis meses, tiene derecho a la licencia y al subsidio de 12 semanas, equivalente al período posnatal (Chile, 2003).

Tomando en cuenta que uno de los objetivos de la regulación es la protección de la vida familiar del trabajador contemplando los subsidios posnatales parentales que contribuyen al cuidado y desarrollo más pleno del niño, con lo que se salvaguarda la salud de éste, la idea que prevalece, con independencia de la forma en que se concrete el proyecto familiar, es la de que la familia es digna de protección.

Como hemos mencionado, el sistema chileno carece de regulación legal relativa a las técnicas de reproducción humana asistida; guarda silencio, en consecuencia, en lo tocante a la gestación por sustitución. Sin embargo, en la materia, es relevante señalar la modificación operada por la Ley N°21.400 de 2021, vigente desde el 10 de marzo de 2022, que ha incorporado en el Título II del Código del Trabajo, antes referido, el artículo 207, en que se dispone:

Los derechos que correspondan a la madre trabajadora referidos a la protección a la maternidad regulados en este Título, serán aplicables a la madre o persona gestante, con independencia de su sexo registral por identidad de género. A su vez, los derechos que se otorgan al padre en el presente Título, también serán aplicables al progenitor no gestante.

De la alusión de la norma a “la madre o persona gestante” podría desprenderse que los derechos que señala serían aplicables precisamente a la situación de una mujer no gestante, madre comitente (Corral, 2021).

De la mano con los avances biomédicos, la gestación por sustitución se ha convertido en una realidad en nuestras sociedades que el derecho no puede dejar inadvertida, en particular en lo que respecta a los/as niños/as nacidos/as producto de la utilización de esta técnica médica de reproducción, sus derechos inherentes y su interés prevalente (Rodríguez, 2017).

En cuanto a México, la Ley Federal del Trabajo determina, en la fracción IV del artículo 127, que la gestante trabajadora durante los períodos pre y posnatales se considera trabajadora en servicio activo. En el diverso numeral 170 se prevén los derechos de las madres trabajadoras y en la fracción II se establece el derecho

de éstas a gozar de un descanso de seis semanas antes y después del parto. Este período puede ampliarse, en los términos de la fracción tercera, en caso de que se encuentren imposibilitadas para trabajar, ya sea durante el embarazo o con posterioridad al parto; sin que la norma fije un plazo específico, sino que por el “tiempo necesario” (México, 1970).

En cuanto a la percepción del salario, en el caso de la fracción II, deberá ser cubierto íntegramente y en el caso de la fracción III, el 50 por ciento, únicamente hasta por sesenta días, por lo que la trabajadora ya no contará con esta prestación al exceder tal plazo (México, 1970). A solicitud expresa del trabajador, previa autorización por escrito del médico de la institución de seguridad social que le corresponda o, en su caso, del servicio de salud otorgado por el empleador, teniendo en cuenta la opinión del empleador y la naturaleza del trabajo realizado, pueden trasladarse hasta cuatro de las seis semanas de descanso antes del parto hasta después de éste (México, 1970).

El numeral referido prevé, asimismo, estas prestaciones en el caso de la adopción, limitado a seis semanas posteriores a la fecha de la adopción o de que se reciba al infante. Pero, al igual que en Chile, la legislación mexicana es omisa en lo relativo a dichas prestaciones en el caso de la maternidad por sustitución; como consecuencia, sólo le es aplicable a la madre gestante en caso de que sea trabajadora, dejando en total estado de indefensión a quienes se ubican en los supuestos de las técnicas de reproducción asistida. Sólo que en México, a diferencia de Chile, la Suprema Corte de Justicia de la Nación no ha emitido un criterio que ayude a solventar las lagunas legislativas existentes, aunque no hay óbice alguno para que se aplique la analogía asimilándola a los supuestos de la adopción, toda vez que la misma Corte, bajo un criterio citado en párrafos antecedentes, la equipara a dicha figura. Pero, por tratarse de una tesis aislada, aún no constituye jurisprudencia y, por ende, no obliga al juzgador ordinario.

En cuanto a los padres, la ley en comento sólo les concede cinco días, previstos en el artículo 132, fracción XXVII, tanto al padre biológico como al adoptante (México, 1970). Tratándose del padre, aunque sea una familia homoparental, no tendrá derecho a la licencia respectiva, sino únicamente a cinco días, plazo en que es imposible realizar la adaptación familiar y cumplir los fines que las normas de seguridad social en la materia prevén.

Resulta sencillo concluir que la legislación mexicana deja en total estado de indefensión a las familias integradas por personas ajenas a la madre gestante y, por ende, a todas aquellas integradas únicamente por figura paterna, o a quienes acceden a la paternidad o maternidad mediante la gestación por sustitución.

CONCLUSIONES

En dos de las legislaciones analizadas es evidente una laguna normativa en lo que se refiere a la concesión del subsidio por maternidad a la mujer que, en solitario o conjuntamente con su pareja, decide realizar el sueño de la maternidad a través de la gestación por sustitución. La situación en Chile, pese a la modificación introducida en el Código del Trabajo por la Ley No. 21.400, no es del todo clara. La falta de regulación no implica que el derecho cierre los ojos ante esta problemática; por el contrario, a éste corresponde acompañar a la sociedad en su evolución. En este supuesto evolutivo encontramos las técnicas de reproducción asistida, que constituyen importantes medios para superar los problemas de esterilidad, infertilidad u otros relacionados con la procreación.

La mujer, el hombre o la pareja que deciden procrear a través de la gestación por sustitución se encuentran legalmente desamparados en lo que atañe al goce de una licencia de maternidad o paternidad y el respectivo subsidio, ya que de la legislación analizada se deduce que existe un trato diferenciado y que cuenta con más protección legal quien adopta que quien se ve inmerso en la reproducción asistida. Se llega al ilógico resultado de que la madre que llevó al hijo en el vientre y lo entregó tendrá derecho a la licencia y al subsidio por maternidad (que no cuestionamos), del que la madre comitente no podrá gozar para poder adaptarse a su hijo y proporcionarle los cuidados que demanda un recién nacido, con lo que éste queda en el desamparo afectivo en los primeros meses de vida ante la ausencia de sus padres, lo que afecta su desarrollo y la creación de los lazos afectivos a que hemos hecho referencia.

En vista de lo anterior, en la doctrina y, en algunos casos, en la jurisprudencia encontramos el reconocimiento de este derecho hacia la madre comitente, e incluso hacia el padre, quien asumirá los cuidados y la responsabilidad del adecuado desarrollo de la personalidad del niño, por lo que resulta primordial que exista una legislación *ex profeso* que les proporcione la protección social requerida para tales fines cuando se convierten en padres mediante las técnicas materia de este estudio.

Los avances científicos y biomédicos permiten el establecimiento de los proyectos familiares a los que el ordenamiento jurídico debe atender para la salvaguarda de los derechos de todos los involucrados en estas nuevas formas de construcción familiar, en especial en lo atingente a los hijos nacidos a través de la aplicación de técnicas de reproducción asistida. Estas cuestiones, a la fecha, no han sido atendidas por el legislador chileno, por lo que se hace evidente la necesidad de actualización normativa al respecto.

Entre las técnicas de reproducción humana asistida se encuentra la gestación por sustitución, que ha dado lugar a múltiples observaciones y a la que se ha asociado una serie de riesgos. Esto hace aún más necesaria la preocupación por parte de los ordenamientos jurídicos de desarrollar la normativa pertinente en materia de técnicas de reproducción humana, que en el caso chileno ya ha generado decisiones judiciales relevantes pese al silencio del legislador.

En el contexto actual, respecto a la gestación por sustitución, si la madre comitente es trabajadora, de existir una sentencia judicial que atribuya la maternidad en su favor, regirán las reglas generales de prestaciones laborales y permisos relativos a la situación de salud del hijo o la hija. Sin embargo, la incertidumbre de poder alcanzar el establecimiento del vínculo jurídico materno filial y el tiempo que ello requiera deja en una precaria condición la situación de la madre comitente trabajadora en relación con el hijo/a, que en los hechos constituye su familia. El interés superior del niño y el debido cuidado que debe recibir para un adecuado desarrollo material y espiritual deberían ser considerados por el sistema legal en estos casos y, en particular, reconocidos en el ámbito de las normas civiles, laborales y de seguridad social.

En cuanto al ordenamiento jurídico brasileño, aún no cuenta con una regulación específica para las prestaciones sociales en reproducción humana asistida, pero sólo hay protección a través del derecho laboral. Con este vacío legislativo, el Consejo Federal de Medicina, mediante instrumentos propios, dispuso tales procedimientos. A pesar de esta disposición, las normas éticas y morales son insuficientes para dar una respuesta adecuada a las diversas cuestiones planteadas, lo que conduce a la inseguridad jurídica.

La omisión legislativa suscita distintas discusiones en el ámbito jurídico brasileño con el fin de trasladar los hechos a acciones que muchas veces llegan a los tribunales superiores, los que deciden sobre la reproducción asistida. Por lo tanto, la posición de los tribunales brasileños ha sido, en principio, favorable a la concesión de dichos beneficios, según las sentencias citadas en este artículo.

En México hay una ausencia total de regulación respecto a la gestación por sustitución en materia federal. La escasa construcción de la legislación de las entidades federativas favorece abusos y vulneración de los derechos de quienes intervienen en ella e incluso auspicia el tráfico de menores. Por lo tanto, resulta necesario legislar al respecto en materia federal reformando la Ley General de Salud y la Ley Federal del Trabajo a efecto de lograr la seguridad jurídica de las partes y eliminar las consideraciones patrimoniales que derivan en la cosificación

de la madre gestante y del producto de la concepción. Si bien la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el presente año ha empezado a resolver casos relativos a ello, aún no existe nada en lo tocante a la licencia por maternidad, sentido en el cual la legislación y la jurisprudencia son totalmente ayunas.

En consecuencia, se debe adicionar el artículo 170 II bis de la Ley Federal del Trabajo para quedar como sigue:

Artículo 170. Las madres trabajadoras tendrán los siguientes derechos:

[...]

II Bis. En caso de adopción de un infante *o de maternidad producto de gestación subrogada* disfrutarán de un descanso de seis semanas con goce de sueldo, posteriores al día en que lo reciban.

Con esta simple adición se subsanarían las omisiones encontradas en la presente investigación en el caso de México.

Es de resaltarse la suscripción, el 3 de marzo de 2023, de la Declaración de Casablanca, en la localidad del mismo nombre en Marruecos, en la que cien expertos de diversas nacionalidades solicitaron a los Estados que se comprometan a la abolición universal de la maternidad subrogada, entretanto la necesidad de su control como realidad seguirá vigente.

BIBLIOGRAFÍA

- Academia Nacional de Medicina de México. (2019). Acta de Sesión 8 de mayo del 2019. <https://www.anmm.org.mx/actas2019/SO-08-mayo-2019.pdf>
- ARAÚJO, Julia, y Araújo, Carlos Henrique. (2018). Biodireito e legislação na reprodução assistida. *Medicina (Ribeirão Preto)*, 51(3), 217-235. <https://doi.org/10.11606/issn.2176-7262.v51i3p217-235>
- Brasil. (2022). Resolução n. 2.320/2022. Conselho Federal de Medicina (CFM). Adota normas éticas para a utilização de técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos procedimentos médicos, tornando – se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM N. 2.294, publicada no Diário Oficial da União de 15 de junho de 2021, Seção I, p. 60. Publicado em: 20/09/2022. -dição: 179. Seção: 1. Página: 107.

- Brasil. (2019a). Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Cível n. 0015901-31.2014.4.03.6100/SP. Direito Administrativo. Servidores públicos. Direito de extensão do salário-maternidade ao pai solteiro cuja prole foi concebida por meio de técnica de fertilização in vitro e gestação por substituição. Apelante: Instituto Nacional de Seguro Social – INSS. Apelado: Marco Antônio Alves Ribeiro. Relator: Desembargador Federal Souza Ribeiro, 7 de maio de 2019. Diário da Justiça Eletrônico, São Paulo, 17 de maio de 2019. <https://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/PesquisarDocumento>
- Brasil. (2019b). Ementa: Constitucional. Administrativo. Licença maternidade. Prazo de 180 dias. Fertilização “in vitro” em “barriga de aluguel”. Danos Morais. Inexistência (REsp 898.005/RN. Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 19/06/2007, DJ 06/08/2007 p. 528). 6. Apelação a que se nega provimento.
- Brasil. (2019c). Ementa: Direito Administrativo. Servidores Públicos. Direito de Extensão do Salário-Maternidade ao Pai Solteiro cuja Prole foi Concebida por Meio de Técnica de Fertilização in Vitro e Gestação por Substituição.
- Brasil. (2017). Provimento n. 63 de 14/11/2017. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos órgãos de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. DJe/CNJ n. 191, de 17 de novembro de 2017.
- Brasil. (2012). Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível No. 534999/PE. Constitucional. Administrativo. Licença maternidade. Prazo de 180 dias. Fertilização “in vitro” em “barriga de aluguel”. Danos morais. Inexistência. Apelante: Renata de Mesquita Valadares. Apelado: os mesmos. Relator: Juiz Francisco Cavalcanti, 30 de agosto de 2012. Diário da Justiça Eletrônico, Recife, 30 ago. 2012. http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2016/04/5-MINICURSO.Acordao-TRF5-PE-Licenca.Maternidade.Gestacao.por_Substituicao.pdf
- Brasil (1991). Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Diário Oficial da União. Seção 1 - 25/7/1991. Brasília: Poder Legislativo, Coleção das Leis do Brasil, 25 de julho de 1991.
- Brasil (1943). Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União. Seção 1 - 9/8/1943. Brasília: Poder Legislativo, 09 ago. 1943.
- CAAMAÑO, Eduardo. (2009). Los efectos de la protección a la maternidad para la concreción de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el trabajo. *Revista de*

- Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (33), 175-214. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512009000200004>.
- CANTUARIA, Raymundo. (2002). *Reprodução assistida: filiação, controvérsias jurídicas* [Tesis de Doctorado inédita]. Universidade de São Paulo.
- CASAS, Lidia, y Valenzuela, Ester. (2012). Protección a la maternidad: una historia de tensiones entre los derechos de infancia y los derechos de las trabajadoras. *Revista de Derecho*, XXV(1), 77-101. <https://www.scielo.cl/pdf/revider/v25n1/art04.pdf>
- CASSAR, Vólia. (2017). *Direito do trabalho* (14ª. ed.). Método.
- CHINELLATO, Silmara. (2000). *Reprodução humana assistida: aspectos civis e bioéticos* [Tesis de Livre Docência inédita]. Universidade de São Paulo.
- CORLETA, Helena von Eye, y Frajndlic, Renato. (2007). Técnicas de reprodução assistida: bebê de proveta. *ABC da Saúde* [en línea]. <https://www.abcdasaude.com.br/ginecologia-e-obstetricia/tecnicas-de-reproducao>.
- CORRAL, Hernán. (2021). Técnicas de reproducción asistida y filiación: la curiosa historia del art. 182 del Código Civil. *El blog de Hernán Corral*. <https://corraltalciani.blog/2021/12/19/tecnicas-de-reproduccion-asistida-y-filiacion-la-curiosa-historia-del-art-182-del-codigo-civil/>
- CORRÊA, Marilena, y Loyola, Maria Andrea. (2015). Tecnologias de reprodução assistida no Brasil: opções para ampliar o acesso. *Physis. Revista de Saúde Coletiva*, 25(3), 753-777. <https://doi.org/10.1590/S0103-73312015000300005>
- Chile. (2019). Resolución 49 Exenta. Modifica Resolución Exenta No. 176 de 1999, del Ministerio de Salud, que aprueba el arancel de prestaciones de salud del libro II del D.F.L. N° 01/2005 del Ministerio de Salud. Diario Oficial. Publicación: 09-feb.-2019. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1128732&r_c=6
- Chile. (2018). RIT C-4907-2018. Segundo Juzgado de Familia de Santiago. <http://static.elmercurio.com/Documentos/Legal/2019/01/03/20190103203913.pdf>
- Chile. (2017). RIT C-7246-2017. Poder Judicial, Segundo Juzgado de Familia de Santiago. <http://static.elmercurio.com/Documentos/Legal/2018/05/07/20180507172951.pdf>
- Chile. (2005). Decreto No. 100. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Diario Oficial. Publicación: 22-sep.-2005. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302>
- Chile. (2003). DFL I. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo. Diario Oficial. Publicación: 16-ene.-2003. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=207436>

- Chile. (2000). D.F.L. No. 1. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la Ley No. 4.808 sobre Registro Civil; de la Ley No. 17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos; de la Ley No. 16.618, Ley de Menores; de la Ley No. 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley No. 16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones. Diario Oficial. Publicación: 30-may.-2000. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=172986>
- Chile. (1999). Ley 19620. Dicta normas sobre adopción de menores. Diario Oficial. Publicación: 05-agosto.-1999. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=140084>.
- Chile. (2021). Ley 21.400. Modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio entre personas del mismo sexo. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1169572>
- COXIR, Sarah; Lopes, Ana Cristina; Silva, Alessandra Maria, y Penna, Maria Leticia. (2014). Estudo das regulamentações de reprodução humana assistida no Brasil, Chile, Uruguai e na Argentina. *Reprodução & Climatério*, 29(1), 27-31.
- CRUZ, Ángeles. (2003, mayo 23). Cumple 15 años el primer caso de nacimiento *in vitro* en México. *La Jornada*. <https://www.jornada.com.mx/2003/05/23/046n2soc.php?printver=1&fly=>
- FÉLIX, Valter Nilton. (2009). *Gravidez de substituição: aspectos técnicos, éticos e jurídicos da reprodução humana assistida*. Fiúza.
- FREIRE JÚNIOR, Aluer, y Batista, Lorraine. (2017). A cessão temporária de útero: possibilidade legal. *REMAS. Revista Educação, Meio Ambiente e Saúde*, 7(4), 1-19.
- MARTÍNEZ, Carolina. (2019). La protección de la maternidad en el derecho del trabajo: del hecho biológico a la conciliación corresponsable. En María Isabel Núñez y Pilar Jiménez (comps.), *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos. Derechos de los menores y gestación por sustitución* (pp. 361-389). Tirant lo Blanch.
- MARTINS, Sérgio. (2016). *Direito da seguridade social* (36ª ed.). Saraiva.
- MEIRELLES, Jussara de. (1998). *Gestação por outrem e determinação de maternidade ("mãe de aluguel")*. Gênese.
- México. (2022). Amparo en revisión 516/2018. Tesis de jurisprudencia 87/2022 (11a.). Aprobada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión privada del ocho de junio de 2022. Tesis publicada el 17 de junio de 2022 en el Semanario Judicial de la Federación.
- México. (2021). Amparo en revisión 516/2018. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 8 de diciembre de 2021. https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2022-03/AR-602-2018-23032022.pdf

- México. (2018). Amparo en revisión 602/2018. Suprema Corte de Justicia de la Nación. <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documentodos/2022-03/AR-602-2018-23032022.pdf>
- México. (2013). Código familiar del Estado de Sinaloa. Publicado en el Periódico Oficial del Estado el 6 de febrero de 2013. <https://armonizacion.cndh.org.mx/Content/Files/DMVLV/LMF/SIN-CF.pdf>
- México. (2009). Código de Familia para el Estado de Sonora. Publicado en el Diario Oficial del Estado el 15 de octubre de 2009. https://armonizacion.cndh.org.mx/Content/Files/LGBTTTI/CodCivilFam/26Codigo_FE_Son.pdf
- México. (1997). Código Civil para el Estado de Tabasco. Publicado en el Diario Oficial del Estado el 9 de abril de 1997. https://armonizacion.cndh.org.mx/Content/Files/LGBTTTI/CodCivilFam/27Codigo_CE_Tab.pdf
- México. (1984). Ley General de Salud. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGS.pdf>
- México. (1970). Ley Federal del Trabajo. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1º de abril de 1970. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/156203/1044_Ley_Federal_del_Trabajo.pdf
- PÉREZ, Gisela María. (2018). El acto jurídico normativo. Una propuesta normativa ante los casos trágicos sobre la maternidad subrogada en México. *Actualidad Jurídica Iberoamericana* (8), 59-79. <https://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/67249/59-79.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- RIBEIRO, Marina. (2004). *Infertilidade e reprodução assistida: desejando filhos na família contemporânea*. Casa do Psicólogo.
- RODRÍGUEZ, Emma. (2017). La maternidad subrogada como generadora de derechos de conciliación laboral. *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (415), 93-120. <https://doi.org/10.51302/rtss.2017.1776>
- RUIZ-BALCÁZAR, Mónica Victoria, y Valdés, María del Carmen. (2017). Dilemas sobre la maternidad subrogada en México. *Oñati Socio-Legal Series*, 7(1), 230-253. <https://opo.iisj.net/index.php/osls/article/view/670/982>
- RUIZ-BURGOS, Joaquina Gabriela, y Flores, Rubén Jaime. (2018). Las técnicas de reproducción asistida y sus efectos en la conceptualización legal de la maternidad, paternidad y filiación. *Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia* (8), 48-72. <https://doi.org/10.32870/dgedj.v0i8.144>
- SILVA, Flávia Alessandra. (2011). Gestação de substituição: direito a ter um filho. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais*, 1(1), 50-67. <http://revistas.ung.br/index.php/cienciasjuridicasocias/article/view/914/894>

- SOUZA, Marise de. (2010). As técnicas de reprodução assistida. A barriga de aluguel. A definição da maternidade e da paternidade. Bioética. *Revista da EMERJ*, 13(50), 348-367. https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_348.pdf
- VIOLA, Rebeca. (2017). *“Barriga de aluguel”: aspectos trabalhistas e previdenciários relacionados à licença-maternidade, salário-maternidade e à estabilidade gravídica* [Monografía de final de curso, Universidade Federal do Rio de Janeiro]. Pantheon. Repositorio Institucional. Univerdidade Federal do Rio de Janeiro. <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/6769/1/RVViola.pdf>