

La legislación mexicana civil y la maternidad sustituta

Mexican law and surrogate motherhood

Raquel Sandra Contreras López

Resumen

La ciencia jurídica y el derecho positivo en cada época y lugar determinado se encuentran en la necesidad de regular los hechos sociales que impactan al grupo humano en el que se generan éstos. Un claro ejemplo de ello, en la actualidad, lo han propiciado los avances de la ciencia y la tecnología. Por lo anterior, el sistema jurídico mexicano ha dado pasos en la regulación de las materias relativas al empleo de las técnicas de reproducción asistida y la intervención de una segunda mujer en el proceso de la gestación, hecho social más conocido como maternidad subrogada. Fue así que en el año de 1997, en el Código Civil de la Entidad Federativa de Tabasco se autorizó el empleo de las técnicas de reproducción asistida y la intervención de una segunda mujer en el proceso de la gestación, estableciendo la filiación entre quienes solicitan el empleo de dichas técnicas y el producto de la gestación. Luego de ello, otros códigos civiles y familiares de los Estados Unidos Mexicanos han regulado las figuras en cita; entre los que autorizan las primeras, pero no contemplan la maternidad sustituta, se encuentran los Códigos civiles del Distrito Federal y Querétaro, así como los Códigos Familiares de Zacatecas y Sonora. Entre los que se pronuncian a favor de ambas figuras están el Código Civil de Tabasco y el Código Familiar de Sinaloa. Y finalmente, los que regulan el empleo de las técnicas de reproducción asistida, pero se pronuncian en contra de la figura de la maternidad sustituta, están los Códigos Civil y Familiar de las Entidades Federativas de Coahuila de Zaragoza y San Luis Potosí.

Abstract

Legal science and the positive law, in every time and place, are in need of regular social events that impact the human group in which they are generated a clear example of this today, has brought on the occasion of the advances of science and technology. Therefore, the Mexican legal system has made strides in the regulation of matters relating to the use of assisted reproduction techniques, and the intervention of a second woman in the process of gestation, made social better known as "surrogate motherhood". It was so, that in the year of 1997, the civil code of the State of Tabasco, authorized the use of assisted reproduction techniques and the intervention of a second woman in the process of gestation, establishing filiation between applicants using the techniques in mention, and the product of gestation, then it other civil and family codes of United States Mexicans, have regulated the figures in quote, which authorized the first, but do not include surrogate motherhood; the civil codes of the Federal District are and Querétaro, as well as the familiar codes of Zacatecas and Sonora, which favour both figures include, Tabasco civil code and the family code of Sinaloa, and those governing the use of assisted reproduction techniques, but is pronounced against the figure of surrogate motherhood, family and civil codes of the States of Coahuila de Zaragoza and San Luis Potosí, respectively.

www.medigraphic.org.mx

Facultad de Derecho y de la División de Postgrado de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Recibido para publicación: 2 enero 2013

Aceptado para publicación: 31 enero 2013

Correspondencia: Raquel Sandra Contreras López

Círculo Interior s/n. Ciudad Universitaria, a un costado de la Torre II de Humanidades y la Facultad de Derecho.
Delegación Coyoacán. CP 04510. Teléfono: 56227474, ext 1527, cel. 04455-4347-6609. E-mail: raquelcontreras59@hotmail.com

Este artículo puede ser consultado en versión completa en: <http://www.medigraphic.com/cirujanogeneral>

Palabras clave: Maternidad sustituta, maternidad subrogada, filiación, técnicas de reproducción asistida.

Cir Gen 2013;35(Supl. 2):S155-S159

Key words: Substitute motherhood, surrogate motherhood, assisted reproductive techniques.

Cir Gen 2013;35(Supl. 2):S155-S159

La legislación mexicana civil y la maternidad sustituta

La regulación de hechos sociales trascendentes para la sociedad actual como lo son el reconocimiento de la filiación como un derecho de la personalidad y su consecuente reconocimiento por el Estado mexicano del descendiente póstumo, así como el empleo de las técnicas de reproducción asistida y la maternidad sustituta, entre muchos otros, son un imperativo para todas las Entidades Federativas que integran el Estado mexicano, con el objeto de cumplir con sus fines de seguridad y justicia, y la justificación de su propia creación.

En relación con el tema de la maternidad sustituta, se han empleado distintos términos tales como: maternidad subrogada, arrendamiento o alquiler de matriz o de útero, todos ellos inconvenientes por ser impropios desde la técnica jurídica, como a continuación preciso.

La naturaleza jurídica de la subrogación en el campo del Derecho civil es la de ser una forma de transmitir derechos y obligaciones, conforme al Código Civil Federal y del Distrito Federal, en sus artículos 2058 y 2059.

En cuanto al significado coloquial de la palabra subrogación, en el *Diccionario de la Lengua Española* (Real Academia Española, 21^a Edición, España, pág. 1426) se señala que: “*Subrogar* significa (del lat. *subrogāre*), Der. Sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa”.

De lo anterior, se puede apreciar que el significado coloquial está orientado al ámbito del Derecho; sin embargo, en este ámbito, la figura de la subrogación con la finalidad de producir los efectos jurídicos establecidos en la ley, consistentes en sustituir a la persona del acreedor original por un tercero interesado jurídicamente, requiere, además, que éste haya realizado el pago de la deuda con el efecto de verse subrogado en los derechos del acreedor original; lo anterior, por disposición del propio legislador, *ipso iure* o de pleno derecho.¹

El autor Ernesto Gutiérrez y González, en su obra *Derecho de las Obligaciones* (Editorial Porrúa, 19^a Edición, México, D.F., pág. 875)² define a la subrogación personal como: “Acto jurídico en virtud del cual hay una substitución admitida o establecida *ipso jure*, de pleno derecho, por la ley, en el derecho de un acreedor, por un tercero que paga la deuda o bien presta al deudor fondos para pagarla, permaneciendo idéntica e invariable la relación obligatoria”.

Cuando en el proceso reproductivo participa una segunda mujer, efectivamente existe una sustitución como sucede en la subrogación, aunque en esta figura del derecho de las obligaciones, la sustitución en la persona del acreedor original se lleva a efecto de pleno derecho o por voluntad del legislador con motivo del pago de la deuda realizado por un tercero interesado

jurídicamente en pagarla; por consiguiente, éste deberá cobrarle al deudor en su oportunidad. A mayor abundancia, es de mencionar que existen otras figuras jurídicas que transmiten derechos y obligaciones, como lo son la cesión de derechos y la cesión de deudas, en las que se sustituye la persona del acreedor o del deudor original, por un tercero, quien adquiere el crédito o la obligación principal; sin embargo, no puede válidamente hacerse la referencia a una “maternidad cedida” o algo parecido al darse la sustitución, porque sería absurdo.

En consecuencia, si en el proceso reproductivo participa una segunda mujer que sustituye a la primera en la gestación, sí habrá una sustitución, pero no a título de subrogación, considerando que a través de esta figura sólo se transmiten derechos y obligaciones por medio del pago que el tercero interesado jurídicamente en ello, hace al acreedor original, sino como resultado del acuerdo de voluntades entre las personas que solicitan la intervención de una segunda mujer en el proceso de gestación y ésta.

El empleo de términos jurídicos por legos o improvisados en el conocimiento del Derecho civil y de la técnica jurídica originan confusiones e imprecisiones en los ordenamientos jurídicos, como sucede en la especie con el tema de la llamada maternidad subrogada, lo que deriva en inseguridad jurídica. Por todo lo anterior, es conveniente desechar la expresión “maternidad subrogada” y sustituirla por la de “maternidad sustituta”.

Ahora bien, se ha propuesto el término de gestación subrogada. Al respecto, considero que el omitir el sustantivo de maternidad por el de gestación sería desnaturalizar por completo este medio de reproducción humana, en el que al final de cuentas la mujer gestante le proporciona al ser concebido, o nonato, parte de su vida y de su humanidad, por lo que no se trata sólo de un intercambio de prestaciones por un servicio de incubación.

Por lo antes manifestado, considero de suma importancia para el sistema jurídico mexicano, el que los legisladores locales y federales empleen las figuras jurídicas en el contexto de los hechos jurídicos que les dieron origen, y se den a la tarea legislativa, conforme a la técnica jurídica, de crear nuevas figuras o expresiones cuando sea necesario.

La persona o personas que solicitan las técnicas de reproducción asistida y la mujer que participa en dicho proceso reproductivo celebran, para tal efecto, un convenio al que se ha dado en denominar “contrato de arrendamiento o de alquiler de matriz o de útero”. Los dos términos son inconvenientes por imprecisos, como analizo a continuación.

El contrato de arrendamiento, también llamado de alquiler, cuando se trata de bienes muebles es regulado por el Código Civil del Distrito Federal. En el primer pá-

rrafo, de su artículo 2398, señala que: "El arrendamiento es un contrato mediante el cual las partes contratantes se obligan recíprocamente: una a conceder el uso o goce temporal de una cosa, y la otra a pagar por ese uso o goce un precio cierto."

De lo anterior, resulta que el objeto del contrato de arrendamiento, por parte del arrendador consiste en la traslación del uso y/o goce del bien mueble o inmueble de que se trate, y por parte del arrendatario, el pago de una renta o alquiler, por el tiempo que dure el contrato y al término de éste, el arrendatario deberá devolver el bien arrendado con el deterioro derivado del uso racional que se le haya dado a la cosa objeto del arrendamiento.

El bien mueble o inmueble deberá reunir tres requisitos con el fin de poder ser objeto de un contrato de arrendamiento, y uno de ellos es el de encontrarse dentro del comercio, esto es, el poder ser apropiado en forma exclusiva por una persona o individuo, o en otras palabras, que el mismo se encuentre considerado por el sistema jurídico en el régimen de "propiedad privada".

En resumen, el contrato de arrendamiento es un acto jurídico bilateral, traslativo de uso y/o de goce de un bien mueble e inmueble, que requiere para existir como tal un objeto posible física y jurídicamente, y para ello:

1. El objeto deberá estar dentro de comercio, lo que indudablemente, en materia de la maternidad sustituta no es posible si se toma en cuenta que se trata del cuerpo de una mujer y por disposición expresa de la Ley General de Salud, el cuerpo humano, así como todo lo relativo a su estructura física, se encuentra fuera del comercio.
2. Se tiene que el objeto indirecto del contrato de arrendamiento, y la prestación derivada del mismo, consiste en la conducta de trasladar el uso y/o goce de una cosa en posesión de persona distinta a la que la posee en su origen, lo que es descabellado en sí mismo si se piensa en la matriz o en el útero de la segunda mujer que participa en el proceso de la gestación.
3. Una vez terminado el contrato de arrendamiento, como parte de las obligaciones que se generan a cargo del arrendatario, éste deberá devolver al poseedor original o dueño, la cosa mueble o inmueble objeto del contrato de arrendamiento con el demérito correspondiente, lo que resulta imposible tratándose de la llamada maternidad subrogada, ya que el bien objeto del supuesto contrato de arrendamiento es la matriz o el útero de la mujer, de donde resulta más que grotesca la aplicación de la normatividad relativa al contrato de arrendamiento, al supuesto en el que intervenga una segunda mujer en el proceso de gestación.

Si bien considero que el contrato de arrendamiento no es el acto consensual idóneo a fin de establecer el acuerdo de voluntades entre quienes solicitan el empleo de las técnicas de reproducción asistida, y la intervención de una segunda mujer en el proceso de la gestación, por las razones técnico-jurídicas a las que

antes hice mención, es necesario regular dicho acuerdo de voluntades y ello será posible a través de un contrato de prestación de servicios de gestación o gestacional, el que tendrá como objeto la realización de conductas de hacer y dar por parte de la mujer gestante; entre las primeras, se encuentran la de ser fecundada con el material genético de las personas que solicitaron el empleo de las técnicas de reproducción asistida. Una vez sucedido lo anterior, el llevar a buen término la gestación y al final de la misma, el entregar a los progenitores el producto del alumbramiento, y por parte de estos últimos, la contraprestación consistirá en el pago de los gastos originados tanto con motivo de la gestación, como del alumbramiento y de todos aquellos que se originen con motivo del estado de salud de la mujer gestante, luego del alumbramiento.

En consecuencia, el objeto del contrato de prestación de servicios de gestación, en primer lugar, consistirá en prestaciones de hacer o de no hacer, por parte de la mujer gestante, de ahí que el objeto en cita, conforme al Código Civil Federal, en su artículo 1827, deberá ser posible física y jurídicamente.

De ahí que lo sea físicamente al no contrariar las leyes de la naturaleza, y por lo mismo, lo sea jurídicamente, al no contrariar la normatividad contenida en la Ley General de Salud, tomando en cuenta que al respecto no existe prohibición jurídica alguna para la celebración de un contrato de prestación de servicios de gestación. La argumentación anterior constituye la justificación fundamental para proponer en materia de maternidad sustituta la celebración de un contrato de prestación de servicios y no la celebración de un contrato de arrendamiento.

Podrían argumentar los estudiosos del tema que la propuesta relativa a la celebración de un contrato de prestación de servicios de gestación por una segunda mujer podría dar origen a la comercialización en el proceso de la reproducción humana, pero ello no sería correcto si se toma en consideración que la maternidad sustituta es un hecho social con características particulares y, como tal, resulta imperante el regularla con todas sus consecuencias patrimoniales morales y económicas, a fin de que no se vulnere el derecho a la vida, enmarcado en el Código Civil o familiar correspondiente.

En el Código Civil de la entidad de Tabasco, emitido mediante el decreto de 9 de abril-mayo de 1997, en vigor desde el primero de mayo siguiente, en su artículo 347 establece el vínculo de filiación entre las personas que solicitaron el empleo de las técnicas de reproducción asistida y el producto de la gestación cuando intervenga en el mismo una segunda mujer con motivo de la llamada maternidad subrogada, lo cual implicó un gran adelanto en el sistema jurídico mexicano; sin embargo, insuficiente al hacerlo a través de un solo artículo, lo anterior tomando en cuenta que el tema se encuentra vinculado a otros temas, como son: las reglas para el empleo de las técnicas de reproducción asistida; qué deberá entenderse por inseminación homóloga y heteróloga; los efectos vinculatorios para los cónyuges o concubinos que así lo acuerden con otra mujer, y su impacto en el parentesco por consanguinidad en el de-

recho sucesorio *mortis causa*; pero también su relación con temas de carácter administrativo, como lo son las instituciones médicas que prestarán los servicios antes mencionados, el personal profesional que lo realizará, etc., los que tendrán que regularse en otro ordenamiento de menor jerarquía, como lo es un reglamento.

Es importante tener presente que en lo concerniente a la maternidad sustituta, la Entidad Federativa de Tabasco fue la pionera en la regulación de la misma, si bien el Código familiar de Sinaloa, a partir del 6 de febrero de 2013, permite la intervención de una segunda mujer en el proceso de la gestación, figura jurídica a la que denomina maternidad de sustitución, en sus artículos 283 y 284, en posición contraria a la adoptada en los ordenamientos antes citados, en el Código Civil de Coahuila de Zaragoza, en su artículo 485 y en el artículo 243 del Código Familiar de San Luis Potosí declaran la inexistencia de todo convenio que tenga por objeto la intervención de una segunda mujer en el proceso de la gestación. En el resto de las Entidades Federativas que integran a los Estados Unidos Mexicanos, la figura de la maternidad sustituta se da sólo como un hecho social con motivo del empleo de las técnicas de reproducción asistida; sin embargo, los legisladores de cada una de ellas deberán regular en su oportunidad a la figura en cuestión, al ser un hecho social cuya regulación no puede soslayarse por mucho tiempo más.³

Ahora bien, en el Distrito Federal, sede de los poderes del Estado mexicano, el 26 de noviembre del año 2009, la Diputada Maricela Contreras Julián, integrante del Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática de la V Legislatura de la Asamblea Legislativa, más conocido como PRD, presentó a la discusión de dicha Asamblea, una iniciativa con proyecto de decreto para la expedición de la ley de maternidad subrogada del Distrito Federal, la cual quedó para su discusión y comentarios de los legisladores, no siendo aprobada.

Para el 22 de abril de año 2010, a través de las Comisiones Unidas de Salud y Asistencia Social y de Equidad y Género de la Asamblea legislativa del Distrito Federal, se aprobó el decreto por el que se expide la ley de gestación subrogada del Distrito Federal, la cual tiene varios motivos de crítica que posiblemente fueron los causantes de que no entrara en vigor.⁴

Entre algunos motivos de crítica que se pueden formular a la Ley en mención, se encuentran: el relativo al criterio espacial, esto es, el regular la figura de la maternidad sustituta fuera del Código Civil, dando origen con ello a una falta de sistematización de la propia figura, como de aquellas figuras con las que se encuentra vinculada, verbigracia, la figura de la filiación y los efectos patrimoniales económicos y morales derivados de la misma. Desde un criterio bioético, el denominar a la figura en cita, con la expresión de "gestación subrogada", por las razones jurídicas y bioéticas ya antes expresadas, toda vez que desnaturalizan el acto que proveerá a la concepción y gestación de un ser humano; y finalmente, desde un criterio fundado en la técnica-jurídica, al denominar a este acuerdo de voluntades, con la sola expresión de "instrumento", sin determinar la naturaleza jurídica del

mismo, lo que será, en consecuencia, responsabilidad del notario público ante quien se manifestará el acuerdo de voluntades entre los solicitantes de las técnicas de reproducción asistida y la segunda mujer que participará en el proceso de la gestación, derivándose de ello que sea el notario público quien determine la normatividad que se aplicará a dicho convenio y, consecuentemente, quien determinará la naturaleza jurídica del mismo; además al disponerse que el instrumento en cuestión, deba celebrarse ante un fedatario público, se deja de lado la posibilidad de hacerlo ante la autoridad judicial correspondiente.

Por todo lo antes expuesto, considero que desde una elemental técnica legislativa, la figura de la maternidad sustituta deberá regularse en el marco del Código Civil de cada Entidad Federativa que integra a los Estados Unidos Mexicanos, y no fuera de estos ordenamientos sustantivos, como sí sucede en el Código Civil de Tabasco y el Código Familiar de Sinaloa, en los que se autoriza la celebración del contrato denominado de maternidad subrogada, o bien, como sucede en el Código Civil de Coahuila de Zaragoza y en el Código Familiar de San Luis Potosí en los que se prohíbe la celebración de éste con la sanción de declararlo inexistente.⁵

En lo relativo a los aspectos administrativos vinculados con la figura en mención, como son los requisitos que deberán cumplir las instituciones médicas privadas y del Estado, en las que se llevará a efecto el empleo de las técnicas de reproducción asistida, así como los requisitos que deberán cumplir los profesionales de la medicina que intervengan en las mismas, deberán regularse en un reglamento, ordenamiento de menor jerarquía, lo que facilitará su modificación en caso de ser necesario, entre otras razones de técnica legislativa.

Por último, considero necesario comentar que a la fecha del presente se tienen noticias de que los integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, tienen un nuevo proyecto de ley relativa a la maternidad sustituta, el que está siendo discutido para su posible aprobación.

Conclusiones

1. Resulta imperioso a todo sistema jurídico regular los hechos sociales que impactan positiva o negativamente a los miembros que integran a la sociedad.
2. En forma indudable, los avances de la ciencia y la tecnología en materia de reproducción humana han impactado a la sociedad mexicana, situación que se ha traducido en su regulación, en algunos códigos civiles y familiares de los Estados Unidos Mexicanos, verbigracia: El empleo de las técnicas de reproducción asistida y la intervención de una segunda mujer en el proceso de la gestación, supuestos que influyen en la determinación de la filiación de un descendiente.
3. Si bien la regulación de los hechos sociales en materia de reproducción humana resulta necesaria, el legislador mexicano debe hacerlo conforme a una estricta técnica jurídica; por ello, el denominar al hecho social de la intervención de una segunda mujer en el proceso de la gestación, como "maternidad

- subrogada” resulta incongruente tomando en consideración el significado que la palabra subrogación tiene en el ámbito del Derecho Civil, de ahí que se proponga el término de maternidad sustituta.
4. Ahora bien, la naturaleza jurídica del acto convencional que celebran las personas que solicitan el empleo de las técnicas de reproducción asistida y la segunda mujer que participa en el proceso de la gestación nada tiene que ver con el contrato de arrendamiento, pero sí con un contrato de prestación de servicios, el cual conforme al estado actual de la legislación mexicana no resulta física ni jurídicamente imposible al no oponerse a norma expresa en contrario y sí resulta acorde con la naturaleza jurídica del contrato al que propongo se denomine “de prestación de servicios gestacionales”.
 5. En el ámbito del Derecho Positivo Mexicano, se ha evitado darle una denominación al acto convencional derivado de la maternidad sustituta, y en los intentos de los asambleístas del Distrito Federal se le ha llamado instrumento, con todos los inconvenientes que de ello se originarían, ya que será el Notario Público o en su caso, la autoridad judicial quienes determinarán la naturaleza jurídica del mismo, cuando resulta ser una facultad específica del legislador.
 6. Si bien, resulta indispensable que todas las Entidades Federativas que integran a Estados Unidos Mexicanos regulen a través de sus Códigos civiles o familiares, tanto el empleo de las técnicas de reproducción asistida, como el supuesto de la maternidad sustituta, se requiere que esto se realice conforme a una verdadera técnica jurídica y legislativa, por lo tanto, en el cuerpo de los propios códigos sustantivos o familiares y no a través de una ley como se está pretendiendo por los asambleístas del Distrito Federal, ya que con ello se quebranta la unidad y sistematización de estos ordenamientos, así como de aquellas materias reguladas en ellos, entre otras, la de la filiación y sus efectos patrimoniales, económicos y morales, el sucesorio, etc.
 7. La regulación de los aspectos administrativos derivados del empleo de las técnicas de reproducción asistida y de la maternidad sustituta deberán, por sistematización y orden jerárquico de las normas, llevarse a cabo a través de un reglamento, el que de acuerdo con su naturaleza jurídica podrá ser modificado —de ser necesario—, sin tener que recurrir al complejo proceso legislativo de creación de la ley.

Referencias

1. Gutiérrez y González E. *Derecho de las Obligaciones*. 19a Edición. Editorial Porrúa; 2012.
2. Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. 21a Edición. 2001.
3. Portal Oficial del Gobierno del Estado de Tabasco. Disponible en: <http://consejeriajuridica.tabasco.gob.mx>
4. Portal de la cámara de diputados. [Última vez visitado el 19/03/2014]. URL disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/inicio.htm>
5. Portal del Orden Jurídico Nacional. [Última vez visitado el 19/03/2014]. URL disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/>