



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Observatori de
Bioètica i Dret
Universitat de Barcelona



Revista de Bioética y Derecho

www.bioeticayderecho.ub.edu – ISSN 1886 –5887

ARTÍCULO

Maternidad subrogada en México y Brasil, un estudio jurídico comparado entre dos naciones latinoamericanas

Maternitat subrogada a Mèxic i Brasil, un estudi jurídic comparat entre dues nacions llatinoamericanes

Surrogate motherhood in Mexico and Brazil, a comparative legal study between two Latin American nations

Norma Angélica Callejas Arreguin¹

¹ Norma Angélica Callejas Arreguin. Profesora Investigadora de tiempo completo. Universidad Autónoma de Hidalgo, UAEH (México). Email: norma_callejas@uaeh.edu.mx. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2150-2993>.



Resumen

Se aborda estudio al tema de maternidad subrogada o gestación por sustitución respecto de la nación mexicana y la nación brasileña, los cuales como países independientes, ubicados en diferentes puntos geográficos y con idiomas distintos, tienen en común, compartir un mismo continente, concentrar gran número de población y contar con la presencia de maternidad subrogada, donde si bien, dicha figura se hace presente en otros países del mundo, por la amplitud y complejidad del tema; solo se toma especial estudio a las dos naciones señaladas, en intención de conocer el estado actual de esta figura procreativa, en particular respecto de la participación de la gestante sustituta en México o donadora temporal del útero como es conocida en Brasil, a través de realizar un estudio comparado que permita comprender la evolución, desarrollo y mecanismos legales actuales de la figura procreativa en comento, con propósito de ofrecer propuesta de mejora a la legislación mexicana en proceso de construcción. Se realiza un estudio jurídico de tipo cualitativo, donde se aplica el método deductivo e inductivo, dogmático y exegético; el estudio es pertinente, actual y de interés general en el ámbito nacional e internacional.

Palabras clave: maternidad subrogada; gestación por sustitución; gestante sustituta; donadora temporal del útero; México; Brasil

Resum

Es realitza un estudi sobre el tema de la gestació subrogada o substitució gestacional en relació a la nació mexicana i la nació brasilera, les quals, com a països independents situats en diferents ubicacions geogràfiques i amb idiomes diferents, tenen en comú el fet de compartir el mateix continent, concentrar una gran població i comptar amb la pràctica de la gestació subrogada. Tot i que aquesta figura està present en altres països del món, a causa de l'amplitud i complexitat del tema, es realitza un estudi especial sobre les dues nacions esmentades amb la intenció de conèixer l'estat actual d'aquesta forma de reproducció, especialment pel que fa a la participació de la gestant substituta a Mèxic o de la donadora temporal d'úter, com és coneguda a Brasil. Aquest estudi comparatiu permet comprendre l'evolució, el desenvolupament i els mecanismes legals actuals d'aquesta pràctica reproductiva, amb l'objectiu de proposar millores a la legislació mexicana en procés de construcció. L'estudi és de tipus jurídic qualitatiu i aplica mètodes deductius i inductius, dogmàtics i exegètics. Aquest estudi és rellevant, actual i d'interès general tant a nivell nacional com internacional.

Paraules clau: maternitat subrogada; gestació per substitució; gestant substituta; donadora temporal de l'úter; Mèxic; Brasil

Abstract

A study on the subject of surrogate motherhood or surrogacy is addressed with respect to the Mexican nation and the Brazilian nation, which as independent countries, located in different geographical points and with different languages, have in common, share the same continent, concentrate large number of population and have the presence of surrogate motherhood, where although this figure is present in other countries of the world, due to the breadth and complexity of the subject; Only a special study is taken of the two mentioned nations, with the intention of knowing the current status of this procreative figure, particularly regarding the participation of the surrogate pregnant woman in Mexico or temporary donor of the uterus as it is known in Brazil, through carrying out a comparative study that allows to understand the evolution, development and current legal mechanisms of the procreative figure in question, with the purpose of offering an improvement proposal to the Mexican legislation in the process of construction. A qualitative legal study is carried out, where the deductive and inductive, dogmatic and exegetical method is applied; the study is pertinent, current and of general interest at the national and international level.

Keywords: Surrogate motherhood; surrogate pregnancy; surrogate mother; temporary donor of the uterus; Mexico; Brazil

1. Introducción

Hablar de maternidad subrogada, conlleva a hacer un recuento de su origen y evolución, el cual tiene lugar al nacimiento y uso de las técnicas de reproducción humana asistida, actualmente conocidas por sus siglas como TRHA, las cuales se refieren al “conjunto de métodos biomédicos que conducen a facilitar o sustituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana” (Santamaria, 2000: 37), actualmente existen diversas técnicas de reproducción asistida, dentro de las cuales subsisten como principales las conocidas como inseminación artificial (IA) y la fecundación *in vitro* (FIV), con transferencia de embriones (FIVTE), técnicas que se han aplicado desde 1978, luego de haberse obtenido con éxito el primer bebe de probeta: Louise Brown, concebida por FIV en Manchester, Inglaterra (Notimex, 2018). Acontecimiento que revolucionó el tema de reproducción humana asistida, al brindar la oportunidad de obtener descendencia legítima para toda persona que enfrentaba impedimento por esterilidad o infertilidad.

Al uso y perfeccionamiento continuo de las TRHA, tuvo lugar la aparición de la maternidad subrogada, toda vez que el uso de dichas técnicas permite cambiar el destino de colocación del embrión a un útero diferente del de la madre, con lo cual se abre la puerta para que una segunda mujer intervenga para recibir el producto fecundado por FIV; o bien para que reciba los espermatozoides de la pareja o donante seleccionado mediante el procedimiento de IA, a efecto de que se realice la fecundación y gestación de un ser humano; el cual al nacimiento, la gestante sustituta entregará a los contratantes del servicio, también conocidos como padre(s) o madre(s) de intención, o comitentes; con lo cual, la donadora temporal del útero, renuncia a todo derecho sobre el recién nacido en favor de los contratantes.

Acciones que abren paso a la figura conocida como maternidad subrogada, vientre de alquiler, gestación por sustitución, entre otras denominaciones más, con las que se conoce este fenómeno social, presente en varias partes del mundo; el cual pretende tomar reconocimiento legal como modalidad reproductiva al uso de las mencionadas TRHA, sin que al momento se logre un consenso en el contexto internacional; toda vez que la figura en alusión ha despertado polémica por la posible venta de hijos por contrato y cosificación de la mujer, aunado a considerarlo violatorio de derechos humanos de las gestantes sustitutas e interés superior del menor. “La disociación entre el fenómeno reproductor humano y el ejercicio de la sexualidad que implica el uso de las TRHA, plantea interrogantes y conflictos que interpelan de manera precisa el campo jurídico y también lo exceden al involucrar cuestiones de carácter sociales, psicológicas y éticas” (Herrera, 2021).

Situación por la cual cada nación ha optado por legislar como mejor le parece. Al momento la mayor parte de países europeos lo tienen prohibido, tal es el caso de Suiza, España, Francia, Italia, Alemania, Finlandia, Suecia, Estonia y China (Hamui y Orozco, 2018), (Vittoria Vita, 2020). En tanto, países como Canadá, Reino Unido, Grecia, Australia, Uruguay, India o Sudáfrica la permiten, pero únicamente de forma altruista, es decir sin pago a la gestante; respecto de otros países subsiste la presencia de tipo comercial, es decir, existe compensación económica para la gestante sustituta, lo cual es posible en Rusia, Ucrania, Israel, Georgia, Kazajistán, Bielorrusia o algunos estados de Estados Unidos (Moraga, 2021), (Rosas, 2023); por cuanto hace a países como México y Brasil no está del todo regulada, pero se lleva a cabo.

2. Maternidad Subrogada en Brasil

En Brasil aunque no existe ley específica sobre maternidad subrogada, el Código Civil Brasileño (CCB) respecto de su artículo 1.597, fracciones III al V (CCB, 2002: 283-284); convalida filiación de los hijos nacidos bajo el uso de técnicas reproductivas, técnicas con las cuales por igual se realiza la maternidad por contrato; donde al respecto es preciso mencionar que se carece de ley que regule el uso de las TRHA, conocidas en Brasil como técnicas en RA, lo cual no ha sido impedimento para que se lleve a cabo la práctica de maternidad subrogada.

Pese a la ausencia de legislación nacional, el uso y regulación de las técnicas en RA, así como de la gestación por contrato, éstas se han adjudicado al Consejo Federal de Medicina de Brasil, en adelante CFM; dicho órgano es la máxima representación médica conformada por galenos, quienes a través de lo que han denominado: “Resoluciones”, emiten criterios normativos éticos, por medio de los cuales regulan los procedimientos médicos en relación a las TRHA y la maternidad subrogada.

Las técnicas de reproducción asistida (RA) aplicadas en Brasil, ante la falta de una legislación federal, se rigen sobre la base de las normas éticas desde 1992. Las partes involucradas – médico y paciente – en un proceso de procreación artificial cuentan con las resoluciones del Consejo Federal de Medicina CFM (Gallo, 2016:1).

Las mencionadas Resoluciones, abarcan por igual requisitos que deben cubrir las personas que desean tener acceso al uso de las tecnologías reproductivas y de la maternidad subrogada; derivado de lo cual se han dictado diversas Resoluciones, de las cuales a manera de resumen se presentan a continuación respecto de lo más relevante:

La Resolución número 2.121/2015, dictada en 2015 por el CFM, incorporó reconocimiento legal a parejas homosexuales, para estar en concordancia a lo dispuestos por el Supremo Tribunal

Federal (STF), quien luego de resolver la acción directa de inconstitucionalidad 4.277, promovida en contra del artículo 1723 del Código Civil brasileño, tuvo a bien reconocer como otro tipo de familia, a la unión estable homoafectiva, conformada por parejas del mismo sexo, entidad a la que por igual otorgó derechos para adoptar. “La correcta aplicación de las normas estatales inherentes a la unión duradera entre personas del mismo sexo reclama para su concretización, la incidencia de institutos de derecho constitucional y derecho civil, *verbi gratia*, los institutos de familia, del casamiento, de la unión estable y de la adopción” (ADI 4.277, 2011). Derecho que se reitera de forma abreviada en la actual Resolución 2.320/2022, al considerar: “reconocimiento y calificación como entidad familiar de la unión estable del mismo sexo” otorgada por el pleno del STF (CFM, 2022).

Con dicho antecedente, el CFM reconoció derechos a favor de diversos tipos de familia, tales como la heteroafectiva y homoafectiva, a quienes en Resolución extendió el uso de las TRHA y de la maternidad subrogada; para acatar contenido del artículo 226 Constitucional, párrafo cuarto, el cual señala “La familia, que es la fundación de la sociedad, gozará de protección especial del Estado. [...] §4°. La comunidad formada por los padres y sus descendientes también se considera una unidad familiar” (Constitución de la República de Brasil, 2022: 115).

La Resolución en estudio, estableció que debía existir parentesco entre la donadora temporal del útero y uno de los padres genéticos hasta el cuarto grado en línea ascendente, a fin de evitar el interés lucrativo, donde para el caso de que la donadora fuera casada o en unión estable, debía recabar aprobación de su pareja o esposo; se estableció firma del contrato en atención a un conocimiento informado; requisitos con los que se empezó a normar con mayor atención el uso de la maternidad subrogada en Brasil; de igual forma se dispuso que previo al nacimiento del menor, se debía contar con un trámite de filiación avanzado a favor de los solicitantes de la gestación subrogada.

Bajo estos lineamientos, el aspecto de inscripción al registro civil del menor no quedaba claro, ya que, si bien el STF reconoció los nuevos tipos de familia, no hubo indicación respecto de modificar con ello los formatos de registro civil, razón por la cual éstos continuaron asentado como madre a la mujer que lo daba a luz; situación compleja para parejas homoafectivas, quienes para poder acreditar el vínculo de filiación con el hijo, debían tramitar juicio de adopción para obtener por sentencia derechos sobre éste.

Cuando se trataba de parejas homoafectivas femeninas, los registros inscribían al niño concebido por RA, el nombre de la madre que lo engendró, lo cual le dejaba a la otra persona tener que realizar el proceso de adopción del niño. En el caso de parejas homoafectivas masculinas, ambos padres deberían realizar la adopción. Eso significaba judicializar la RA y el derecho de filiación (Gallo, 2016: 254).

Ante el requisito de efectuar juicio de adopción por parte de uno o ambos integrantes de las parejas del mismo sexo a fin de obtener derechos de paternidad o maternidad sobre los menores gestados; el Consejo de Justicia Federal (CJF) y el Instituto Brasileño de Derecho de Familia (IBDFAM), se pronunciaron al respecto, e integraron la Disposición 21/2015 de la Inspección General de Justicia del Estado de Pernambuco; tendiente a solicitar “estandarizar las nuevas reglas sobre la emisión de registro civil de nacimiento de hijos provenientes de RA de matrimonio heteroafectivo y homoafectivo en el territorio nacional” (Gallo, 2014: 251), petición que lograría su cometido, al surgir la Disposición 52/2016.

Las modificaciones señaladas dieron pauta a reconocer diversidad de familias conformadas por un solo padre o madre o ambos padres o ambas madres, sin que, por fuerza legal, se requiera deban existir lazos biológicos o de adopción, como lo fue tiempo atrás, pues la dinámica social actual, abre espacio legal para que pueda establecerse parentesco por el simple acto de querer formalizar el afecto de una persona hacia otra de manera legal. Con lo cual surge la llamada *filiación socioafectiva*, consistente en “la relación entre padre e hijo, madre e hijo en que no existe vínculo sanguíneo entre ellos” (Gallo, 2016: 252), o bien a decir de Dantas, se da “origen a la figura de familias ectogénicas¹” (Dantas y Silva Netto, 2022: 126).

Reconocimiento previsto en el artículo 227 de la Constitución brasileña, con el cual se elimina todo tipo de discriminación por motivos de filiación, al establecer:

Art 227 La familia, la sociedad y el gobierno tienen el deber de garantizar a los niños, adolescentes y jóvenes, con absoluta prioridad, los derechos a la vida, la salud, la alimentación, la educación, el ocio, la formación profesional, la cultura, la dignidad, libertad y armonía familiar y comunitaria, además de salvaguardarlos contra toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión. [...] §6°. Independientemente de si han nacido o no han sido casados o han sido adoptados, los niños tendrán los mismos derechos y calificaciones, prohibiendo cualquier discriminación con respecto a la filiación (Constitución de la República de Brasil, 2022: 115).

Demanda y preceptos que se hacen presentes en los artículos 1.596 y 1.597 del Código Civil, al establecer el primero de los mencionados: “Los hijos, tenidos o no en matrimonio, o por adopción tendrán los mismos derecho y calificaciones, se prohíbe cualquier designación discriminatoria relativa a la filiación” (CCB, 2002: 283). Por cuanto hace al segundo precepto:

¹ Ectógeno es aquello que deriva o proviene de una causa externa. (2023). Diccionario Abierto y Colaborativo. <https://www.significadode.org/ect%C3%B3geno.htm>

Art. 1.597. Se presume que los siguientes hijos han sido concebidos durante el matrimonio: III - por fecundación artificial homóloga, aunque el marido haya fallecido; IV - ocurrido, en cualquier momento, en el caso de embriones sobrantes, derivados de la concepción artificial homóloga; V.- por inseminación artificial heteróloga, siempre que el marido tenga autorización previa. (Código Civil de Brasil, 2002: 283 y 284)

Lineamientos jurídicos con los cuales se eliminan términos que den lugar a diferenciar la calidad de hijo por razón de parentesco que les da origen con relación a su padre(s) o madre(s); preceptos jurídicos con los cuales se establece un nuevo tipo de familia de corte plural y general en la nación brasileña, que por igual aplica al uso de maternidad subrogada.

Cabe destacar que, la socioafectividad y aplicación de principios constitucionales relativos al tema, junto al “modelo binario, de relaciones de paternidad” (Lobo, 2021), han dado lugar a la *multiparentalidad*, término que reconoce existencia de otras entidades familiares; al admitir: “La posibilidad jurídica de constar en el registro civil sobre una persona con más de un padre o una madre” (Gallo, 2016: 252); denominación que sirvió de base argumentativa para integrar las Disposiciones en comento, con las cuales se eliminó todo tipo de desigualdad por orientación sexual, y con lo cual se dio fin a las diferencias legales hasta en tanto existentes entre los hijos y sus padres o madres.

Para 2017 el CFM expide la Resolución número 2.168/2017, en la cual adiciona nuevos requisitos de acceso a los ya existentes para la práctica del embarazo subrogado, tales como: requerir a los solicitantes acreditar impedimento médico para la gestación, lo que aplica por igual para comitentes hetero u homoafectivo, y donde se introduce como novedad dar acceso a estas prácticas reproductivas a personas solteras.

Respecto de la donadora temporal del útero, reitera el requisito tener parentesco con alguno de los solicitantes hasta el cuarto grado en línea recta ascendente, y da amplitud para abarcar la línea recta descendente, con lo cual se introduce que la donadora temporal del útero pueda ser, en primer grado: la madre e hija, en segundo grado la abuela o hermana, en tercer grado la tía o sobrina, y en cuarto grado la prima.

La Resolución en comento abre posibilidad, para que, cuando la gestante sustituta no cubra el requisito de parentesco los solicitantes recaben aprobación del Consejo Regional de Medicina (CRM), órgano médico que, a partir de esta resolución, se erige como competente para conocer y resolver situaciones no previstas en la realización de estas prácticas.

De igual forma se señala como edad máxima para participar como donante de óvulos o espermatozoides la de 35 años para mujeres y 50 años para hombres; “en cuanto a la implantación de un embrión en el útero, los pacientes no pueden tener más de 50 años, excepto cuando lo

justifique un médico y cuando la mujer este al tanto de los riesgos” (Verdélío, 2017). Aspecto que aplica por igual a las gestantes sustitutas o donadoras temporal del útero, y con lo cual se abre la posibilidad de gestar el embrión a edades tardías, dejando dicha determinación a criterio del médico.

Para 2021 el CFM emite Resolución número 2294/2021, actualmente derogada por Resolución 2.320/2022 en vigor, dentro de la cual se amplía la regulación de las TRA y de la maternidad subrogada, se atiende al perfil del paciente, clínicas que las llevan a cabo, donación de gametos o embriones, *crio conservación* de éstos y se alude al *Embarazo de Sustitución* (Cesión Temporal del Útero), donde se reiteran e introducen como requisitos relevantes:

Existir condición que impida o contraindique el embarazo al “paciente” -antes solicitantes-, respecto de la “cedente temporal del útero” -antes donadora temporal- debe contar con al menos un hijo vivo, acreditar parentesco en los términos ya referidos; limita número de embriones a transferir a la cedente temporal por rango de edad, hasta 37 años, se admite hasta 2 embriones; mayor de 37, se permite hasta 3 embriones; para caso de embarazo múltiple se prohíbe la reducción de embriones; se reitera altruismo en cedente temporal; se prohíbe a clínicas mediar entre las partes para la selección de la gestante y con respecto al conocimiento libre e informado de las partes en relación a riesgos que implica el embarazo bajo esa forma reproductiva; se exige informe médico sobre la salud física y mental de los involucrados, especificar en contrato obligación a comitentes de realizar trámite de filiación del menor desde el embarazo, así como obligación de éstos para con la cedente temporal en atención de su salud periódica o especializada a partir del uso de las técnicas en RA, embarazo y puerperio, entre otros (CFM, 2022).

Bajo este breve recuento, “el CFM considera que la gestación subrogada es la ética” (De Souza y Christ, 2022: 4), por lo cual celebrar un contrato de esta naturaleza es un acto válido en Brasil, donde ante la evidente ausencia de una legislación específica, la función médica abarca gran parte de la totalidad del proceso e incluso resolver contrariedades a través del CRM.

2.1. Análisis de la legislación brasileña

A partir de lo expuesto, queda de manifiesto la ausencia de legislación federal, para regular lo relativo a las TRHA y la maternidad subrogada, ya que el único lineamiento de carácter legal es lo dispuesto en el Código Civil referente a la filiación de los hijos, y no a los temas de referencia, los cuales están guiados por el designio médico a través de las mencionadas Resoluciones, lo cual denota escasa regulación y abandono legislativo a este importante y delicado tema; el cual tiene por objeto la producción de vida humana por contrato.

A decir de Vivas y Rita de Holanda (2023):

Brasil está actualmente inmersa en una crisis institucional sin precedentes, empezando por el diseño de las competencias y autonomía de los tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial. A menudo lo que debe ser legislado no se afronta, lo que ya está legislado se modifica o bien se legisla por el poder judicial y sus órganos de control (pág. 145).

Señalamiento que se hace evidente en la presencia y atribuciones asumidas por CFM, el cual como “entidad de administración pública indirecta” (Ribeiro y Bezerra, 2022: 58), carece de facultades para normar o legislar respecto del uso de las TRHA y de la maternidad subrogada, por consiguiente, en tanto subsista omisión legislativa a los temas de referencia, continuará la práctica bajo el control y mando del CFM, y con ello convalidar invasión a la competencia legislativa.

2.2 Maternidad Subrogada en México

De los 32 estados que conforman la República Mexicana, únicamente cuatro han legislado sobre el tema, dos la permiten como son el estado de Tabasco desde 1997, y Sinaloa a partir de 2013, en tanto San Luis Potosí y Querétaro lo prohíben, el primero desde el año 2000, y el segundo, desde 2008. El resto de los estados no han regulado sobre el tema.

De los estados que la permiten, se retoma estudio únicamente al estado de Tabasco por llevar más años de experiencia en el tema, aunado a la serie de problemáticas que ha enfrentado su legislación, la cual ha dado lugar a procesos legales con efectos para todo el territorio nacional, motivos por los cuales se aborda como legislación prioritaria de estudio y de la cual se hará un breve recuento en su evolución.

Si bien Tabasco a partir de 1997 introdujo el tema de maternidad subrogada, lo hizo bajo una regulación permisiva que de inicio estuvo basada en el artículo 92, de su código civil, el cual disponía: “En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En todos los casos que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado en la adopción plena” (CCET, 2014: 102).

Artículo poco claro, que permitía el uso de maternidad subrogada a toda persona, sin distingo alguno por sexo, nacionalidad, personas solas o en pareja, con o sin impedimento para la procreación, lo que originó fuerte demanda a este servicio reproductivo, y atrajo población extranjera, particularmente de países donde se tiene prohibido el vientre de alquiler.

Ante la apertura de la ley tabasqueña y el cierre en 2012 de los servicios de gestación subrogada para extranjeros en India, -que hasta entonces se había posicionado como “la fábrica de bebés para el mundo por sus bajos costos y escasos requisitos” (Wiener, 2017:18), los solicitantes de gestación subrogada emigraron a las nuevas rutas de oportunidad que se ofrecían en Tabasco (Gire, 2019). Lo que representó para esta entidad federativa, un incremento de solicitudes para maternidad subrogada, acompañado de una fuerte derrama económica, que dio lugar a la instalación de agencias y clínicas especializadas que la realizaban, las cuales tomaron el control de esta figura reproductiva (Olavarría, 2019:242).

Aspectos bajo los cuales se ofreció un servicio a la medida, acorde a las necesidades de los solicitantes, todo ello bajo un solo precio; por lo cual parte de las actividades llevadas a cabo por clínicas e intermediarios, lo fue, reclutar mujeres jóvenes, con experiencia en maternidad o sin ella, para que de forma altruista o bajo compensación económica proporcionaran su útero bajo contrato; y donde prevaleció lo segundo, pues “se ofrecían hasta 100 mil pesos por la renta de vientres, y el costo del servicio para las parejas contratantes era de hasta 100 mil dólares, sin considerar gastos adicionales; situación que llevó a las mujeres a ingresar a un nuevo mundo, el de gestar a favor de otros (Guzmán, 2017). “Entre 2013 y 2015, el 95% de las personas que buscaban concebir bebés en México eran extranjeros” (Moran y Barragán, 2021).

Las agencias dieron preferencia de contrato a gestantes sustitutas solteras, para evitar complicaciones legales con los esposos o parejas de éstas, ya que la ausencia de pareja en la mujer gestante facilita en gran medida la contratación y desarrollo normal del proceso, pues se solía registrar el hijo como hijo de la gestante y de alguno de los contratantes del servicio, con el cual se simulaba una custodia compartida, hasta en tanto ésta se hacía exclusiva a favor de los comitentes o contratantes.

La falta de regulación a la figura reproductiva y permisión amplia del artículo en comento, dio lugar a problemas diversos, que recayeron generalmente en la gestante sustituta, al ser común el incumplimiento de contrato hacia éstas, derivado de la falta de pago a sus servicios de gestación, entrega de cantidad económica inferior a la acordada; abandono por cambio de opinión de los contratantes o separación de éstos, por enfermedad o malformación del hijo gestado o enfermedad de la gestante sustituta durante o posterior al embarazo; entre otros (Bertolini, 2015), (Pavón, 2016).

Por lo cual, es de llamar la atención que Tabasco a pesar de contar con regulación jurídica -basada en ese momento en un solo artículo -el cual estuvo vigente por 18 años- no fue capaz de detener la problemática y sancionar las conductas, por el contrario, ésta se incrementó durante el tiempo mencionado, caracterizado por un desborde de solicitudes y fabricación de niños a libre demanda, carente de autoridades y regulación jurídica adecuada.

De acuerdo con la Coalición contra el Tráfico de Mujeres y Niñas en América Latina y el Caribe (CATWLAC) por sus siglas en inglés, “alrededor de 5, 000 niñas y niños son gestados en México cada año para ser vendidos en el extranjero a través de agencias dedicadas a la gestación subrogada” (Moran y Almudena, 2021).

Derivado de lo cual, el Comité sobre los Derechos del Niño recomendó a México vigilar la legislación civil de Tabasco, relativa a maternidad subrogada a fin de impedir la posible venta de hijos. Motivo por el cual en 2016 entraron en vigor reformas significativas a su Código Civil bajo los artículos que van del 380 Bis al 380 Bis 7, los cuales, como puntos relevantes establecieron: permitir la practica únicamente a parejas nacionales unidas en matrimonio o concubinato de tipo heterosexual, donde debían acreditar imposibilidad para la gestación; así mismo se eliminó participación de agencias e intermediarios y se facultó a la Secretaría de Salud de la entidad para el registro y seguimiento de clínicas en los procesos reproductivos sobre maternidad subrogada (CCET, 2016).

Reforma con la cual se prohibió el uso de esta práctica reproductiva para extranjeros, parejas del mismo sexo, así como participación de agencias, despachos e intermediarios. Se estableció que los acuerdos de gestación debían celebrarse ante Notario Público, con firma de todos los involucrados, incluido el esposo o concubino de la gestante sustituta, así como intérprete de ser el caso, para posterior recabar aprobación del contrato por juez competente, mediante procedimiento no contencioso.

La disposición jurídica en comento, al entrar en vigor en enero del 2016, dio lugar a una serie de demandas y presentación de amparos diversos por parte de extranjeros, clínicas y demás afectados por las nuevas reformas, lo cual dio paso a los procesos legales: AI6/2016, AR619/2017, AR820/2018, AR129/2019, AR572/2019 (SCJN, 2022).

Dentro de las cuales se retoma estudio únicamente al primero de los mencionados, en razón de concentrar parte de las resoluciones subsiguientes y haber sido presentado por la entonces Procuraduría General de Justicia en México PGR actualmente Fiscalía General de la República FGR, quien dentro de la esfera de su competencia, solicito a través de una Acción de Inconstitucionalidad, se impugnarán algunos preceptos del recién reformado Código Civil del estado de Tabasco relativos a maternidad subrogada.

Acción presentada el 15 de febrero del 2016 ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), donde la accionante PGJ señaló que las reformas relativas al tema, contenían elementos contrarios a las disposiciones constitucionales, tales como: invadir competencia legislativa, al legislar la entidad tabasqueña sobre temas de Salud Pública, tema que por ministerio de ley corresponde únicamente al Congreso de la Unión y no así a las legislaturas locales, por lo cual se

contravenía lo dispuesto en el artículo 73, fracción XVI de la constitución mexicana (CPEUM, 2023); así mismo evidenció preceptos que establecían discriminación a parejas del mismo sexo, personas solas, población extranjera, así como condicionar la firma de la gestante sustituta al conocimiento del cónyuge o concubino de ésta última, lo cual perpetuaba estereotipos de género.

La SCJN entró estudio al tema, luego del cual, el pasado 5 de junio del 2021 emite resolución respecto de la causa AI16/2016 de la cual, como puntos relevantes determinó: decantarse a favor de permitir maternidad subrogada en México, a fin de evitar una práctica clandestina, así mismo optó por cambiar la denominación: de maternidad subrogada a “gestación por sustitución”; invalidó requisitos impuestos en Tabasco para acceder a dicha práctica reproductiva, al no corresponder al legislador local establecerlos sino al Congreso General, con lo cual levantó la prohibición para extranjeros, e invalidó toda norma relativa a discriminar personas por razones de género, estado civil, nacionalidad y edad; por cuanto hace al tema de altruismo o compensación para las gestantes sustitutas, la SCJN encomendó a las Legislaturas de los Estados regular sobre ello, exhortando a los Estados para que de manera “urgente y prioritaria” legislen sobre el tema (DOF, 2021).

2.2.1 Comentarios a lo resuelto por la SCJN

Lo resuelto por la SCJN en México, vuelve el estado de cosas a la posición inicial vivida años atrás en Tabasco, cuando su legislación pendía de un solo artículo, el cual como ya se expuso permitía todo sin restringir nada, y dio lugar a toda la problemática anteriormente expuesta, la cual tuvo mayor impacto en la gestante sustituta e hijos gestados. Con lo cual, lo resuelto por la Corte al momento, presenta a la gestación por sustitución como una práctica de alto riesgo en México; ello ante la ausencia de ley pertinente, pues lo que existe hasta hoy, no ofrece condiciones de seguridad jurídica para ninguna de las partes involucradas. Aunado a carecer de instancias legales competentes para hacer frente a cualquier eventualidad que se presente, donde derivado de la amplia permisón a la figura procreativa en comento, subsisten altas posibilidades de que pueda presentarse una problemática de mayor magnitud al experimentado tiempo atrás en Tabasco, solo que ahora de alcance nacional, y eso es lo que el legislador debe evitar.

3. Conclusiones

La gestación por sustitución está presente en Brasil y México, de igual forma son coincidentes en compartir ausencia de legislación nacional al uso de las TRHA y de la gestación por sustitución, pues al momento no existe ley federal o nacional que las regule en específico; algunas diferencias

notorias es que la regulación existente y el control de dicha figura reproductiva en Brasil la lleva a cabo el CFM, órgano administrativo conformado por galenos y no por un ente jurídico dispuesto por órgano legislativo, así como lo que señala el Código Civil relativo a reconocer filiación de hijos nacidos al uso de las TRHA; en tanto que en México si bien la regulación es escasa, los únicos estados que han legislado sobre el tema se rigen por leyes civiles y familiares emanadas de sus congresos locales; los cuales al momento han quedado rebasados ante el criterio de la SCJN, ya que la resolución emitida a la acción de inconstitucionalidad AI16/2016, dio lugar a invalidar requisitos de acceso a la práctica de gestación por sustitución, con lo cual, ante la ausencia de ley específica, prevalece el criterio de la SCJN, que al momento la permite para toda persona, sin distinción alguno por género, nacionalidad, sexo, estado civil, o impedimento alguno para la gestación, entre otros, lo que no solo aplica para el estado de Tabasco, sino para todo el territorio nacional, al tratarse de un precepto constitucional; situación que deja en grave riesgo a todos los participantes de esta práctica, ante condiciones poco claras.

Por cuanto hace a la nación brasileña, es necesario que su Congreso emita una postura legal, toda vez que al momento el lineamiento normativo ético emanado del CFM esta desprovisto de obligatoriedad y sanción jurídica, lo que debilita su existencia, pues no tiene fuerza de ley.

La falta un ordenamiento jurídico nacional o local tanto en Brasil como en México deja desprovisto de supervisión judicial la correcta conducción médica al uso de estas prácticas reproductivas, las cuales, en caso de ratificarse por el legislador brasileño y mexicano, respectivamente, deberán contar con órganos e instancias legales competentes para verificar el desarrollo de las practicas, viabilidad de los acuerdos así como debido cumplimiento y sanciones para casos contrarios; así como establecer derechos a favor de las gestantes sustitutas porque hasta el momento estos son inexistentes, debiendo tomar en consideración que su participación es vital, pues sin ellas esta práctica reproductiva simplemente no existiría.

Referencias

- ◆ ADI Acción Directa de Inconstitucionalidad (2011). ADI 4.277/2011. Sentencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil. Caso uniones entre personas del mismo sexo. https://issuu.com/verseau_000/docs/adi_4277.
- ◆ Bartolini, Esparza Marcelo, Cándido Pérez Hernández y O (2014). Maternidad Subrogada. Explotación de mujeres con fines reproductivos EMFR, México: Capricho.
- ◆ CCB Código Civil de Brasil (2022). Cámara de Diputados. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14451.htm.
- ◆ Código Civil del Estado de Tabasco (2014), Congreso del Estado de Tabasco. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/despliegaedo.php?edo=27&idPoder=2&liberado=no#gsc.tab=0>.

- ◆ CFM Consejo Federal de Medicina (2021). RESOLUÇÃO CFM nº 2.294/2021. https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2021/2294_2021.pdf.
- ◆ CFM Consejo Federal de Medicina (2022). RESOLUÇÃO CFM nº 2.320/2022. <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320>.
- ◆ Constitución de la República Federativa de Brasil (2022). Supremo Tribunal Federal. https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF_espanhol_web.pdf.
- ◆ Dantas, Carlos Henrique Felix, Silva Netto, Manuel Camelo Ferreira da (2022). O “Abismo” Normativo no Trato das Famílias Ectogénicas: a insuficiência do art. 1597 (incisos III, IV y V) em matéria de reprodução humana assistida homóloga e heteróloga nos 20 anos do Código Civil. In: Barboza, Heloisa Helena; Tepedino, Gustavo; Monteiro Filho, Carlos Edson do Rêgo. (Org.). Direito Civil: o futuro do direito. file:///C:/Users/Usuario1/Downloads/O_Abismo_Normativo_no_Trato_das_Familias.pdf.
- ◆ De Souza, A. F. & Christ, H. D. (2022). A técnica da maternidade de substitutiva: uma revisão bibliográfica. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, 11(1), 128-143.
- ◆ DOF Diario Oficial de la Federación (2022) “Sentencia dictada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Acción de Inconstitucionalidad 16/2016”. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5648306&fecha=07/04/2022.
- ◆ Gallo, J. H. D. S., & Gracindo, G. C. L. (2016). Reproducción asistida, derecho de todos. ¿Y el registro del hijo? ¿Cómo proceder? *Revista Bioética*, 24, 250-259. <https://www.scielo.br/j/bioet/a/CwhBVfG6qK3N4ZXdHbSjBPr/abstract/?lang=es>.
- ◆ GIRE Grupo de Información en Reproducción Elegida (2019). Gestación Subrogada en México: Resultados de una mala regulación. <https://gire.org.mx/publicaciones/gestacion-subrogada-en-mexico/>.
- ◆ Guzmán, Armando (2017). Podrán parejas gays en Tabasco tener hijos vía maternidad asistida o subrogada. Proceso. <https://www.proceso.com.mx/nacional/estados/2017/2/1/podran-parejas-gay-en-tabasco-tener-hijos-via-maternidad-asistida-subrogada-178235.html>.
- ◆ Hamui Sutton, Alicia y Orozco y Villa Luz Elena (2018). Se debe regular y no prohibir la maternidad subrogada. Afirman especialistas en la UNAM. https://www.dgcs.unam.mx/boletin/bdboletin/2018_017.html#:~:text=Entre%20los%20pa%C3%ADses%20que%20proh%C3%ADben,%3A%20India%2C%20Rusia%20y%20Ucrania.
- ◆ Herrera, Marisa (2021). Técnicas de reproducción humana asistida: conceptualización general. Secretaría de Salud, Buenos Aires, Argentina. <https://salud.gob.ar/dels/entradas/tecnicas-de-reproduccion-humana-asistida-conceptualizacion-general>.
- ◆ Lamm, Eleonora (2013). Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres. Barcelona: Universidad de Barcelona. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/05/doctrina89121.pdf>.
- ◆ Lobo, Fabíola Albuquerque (2021). EFEITOS DA MULTIPARENTALIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*. <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/252572>.
- ◆ Moraga, Kris (2021). Panorama legal de la gestación subrogada en el mundo. *Ideal Express*. <https://idealex.press/panorama-legal-de-la-gestacion-subrogada-en-el-mundo/>.
- ◆ Morán Breña, Carmen y Barragán, Almudena (2021). La Suprema Corte abre la puerta a los estados para que decidan si se ha de pagar o no por los vientres de alquiler. *El País*. <https://elpais.com/mexico/2021-06-05/la-suprema-corte-abre-la-puerta-a-los-estados-para-que-decidan-si-se-ha-de-pagar-o-no-por-los-vientres-de-alquiler.html>.
- ◆ Notimex (2018). 40 años del nacimiento del primer bebe de probeta. UNAM Global de la comunidad para la comunidad. <https://unamglobal.unam.mx/40-anos-del-nacimiento-del-primer-bebe-probeta/#:~:text=El%20primer%20beb%C3%A9%20%E2%80%9Cprobeta%E2%80%9D%20del,Ke%20rshaw%20en%20Royton%2C%20Inglaterra>.
- ◆ Olavarría, María Eugenia (2019). Personas que gestan para otros, Etnografía del trabajo reproductivo en México. En *Revista de Antropología Iberoamericana*, volumen 14, numero 3, septiembre-diciembre 2019, pp. 417 -440.
- ◆ Pavón, Luis (2016). Los reporteros. Hijos por contrato. Tabasco es el edén de la maternidad subrogada en México. <https://www.youtube.com/watch?v=Vz-kGYsRGXA>.
- ◆ Ribeiro, Gustavo y Bezerra de Menezes, Joyceane (2022). La gestación por subrogación en Brasil. En: *La Gestación Por Subrogación en América Latina*. México: SCJN. https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2022-07/LA%20GESTACION%20POR%20SUBROGACION_DIGITAL.pdf.

- ◆ Rosas, Paula (2023). En qué países es legal la gestación subrogada y cuál es la situación en América Latina. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-65196202>.
- ◆ Santamaria Solís, Luis (2001). Técnicas de Reproducción Asistida. Aspectos Bioéticos, en *Cuadernos de Bioética*, 34, p.p.37-47, Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.
- ◆ Santos, Yaitza (2018). Retrato de la maternidad subrogada en México. El país. https://elpais.com/elpais/2016/12/17/eps/1481929548_148192.html.
- ◆ SCJN Suprema Corte de Justicia de la Nación (2022). Derechos Sexuales y Reproductivos. https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2023-01/CUADERNO%20NUM%2016_DYF_DERECHOS%20SEXUALES_FINAL%20DIGITAL.pdf.
- ◆ Vittoria Vita (2020). Maternidad Subrogada en Suecia. Gestación Subrogada: La maternidad subrogada por los países. [https://vittoriavita.com/spa/maternidad-subrogada-en-suecia/#:~:text=La%20subrogaci%C3%B3n%20en%20Suecia%20\(tanto,sueca%20se%20mantiene%20sin%20cambios](https://vittoriavita.com/spa/maternidad-subrogada-en-suecia/#:~:text=La%20subrogaci%C3%B3n%20en%20Suecia%20(tanto,sueca%20se%20mantiene%20sin%20cambios).
- ◆ Vivas Tesón, Inmaculada y De Holanda, María Rita (2023). La gestación subrogada en España y en Brasil: un estudio comparado. <file:///C:/Users/Usuario1/Downloads/La%20gestaci%C3%B3n%20subrogada%20en%20Espa%C3%B1a%20y%20en%20Brasil%20un%20estudio%20comparado.pdf>.
- ◆ Wiener, Gabriela (2017). Una feria donde se ofrecen vientres de alquiler con teléfonos de regalo. The New York Times. <https://www.nytimes.com/es/2017/05/25/espanol/cultura/una-feria-donde-se-ofrecen-vientres-de-alquiler-con-telefonos-de-regalo.html>.

Fecha de recepción: 25 de febrero de 2023

Fecha de aceptación: 3 de octubre de 2023

Fecha de publicación: 18 de octubre de 2023