

**REFLEXIONES JURÍDICAS SOBRE LAS REALIDADES Y LAS  
CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA SUBROGACIÓN MATERNA.**

**LEGAL REFLECTIONS ON THE REALITIES AND CONSEQUENCES  
DERIVED FROM MATERNAL SURROGACY.**



**Olivia Aguirre Bonilla<sup>1</sup>**

---

Sumario: 1. Introducción. 2. Definiendo la Subrogación Materna. 3. Proyecto de Ley Asamblea Legislativa Distrito Federal. 4. Filiación y Tutela. 5. Aspectos Penales. 6. Interés Superior del Menor. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía. Fecha de recepción 28/10/2012 fecha de aceptación 25/11/2012

---

**Resumen**

Las connotaciones sociales que emergen de las soluciones alcanzadas por la ciencia médica para vencer los distintos obstáculos biológicos que el ser humano

---

<sup>1</sup> La maestra Aguirre Bonilla es Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, así como Maestra en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo por la Universidad Pablo Olavide, España. Docente Investigadora, Derechos Humanos, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez. Originariade Ciudad Juárez, Chihuahua, México. Olivia.aguirre@uacj.mx

constantemente enfrenta para lograr reproducirse representan, sin lugar a dudas, un fértil terreno para el debate y para la opinión pública. Sin hacer menoscabo de las certezas alcanzadas por la colectividad en dichos foros sociales, la teoría jurídica internacional tiene la obligación de ejercer una función materialmente esclarecedora al categorizar las pautas bajo las que dichos criterios son expuestos, partiendo de los ineludibles preceptos de justicia y equidad a los que consagra su valía. Por ello, el derecho encuentra en la reflexión jurídica sistemática la invaluable oportunidad para colaborar con la sociedad al ayudar a establecer las verdades y principios fundamentales sobre los que reposaran los debates que conduzcan a nuestras sociedades a ejercer criterios certeros y veraces en los distintos ámbitos del quehacer humano. Atendiendo estos racionamientos, hemos elaborado una breve reflexión sobre los pormenores que representa la modalidad de la subrogación materna utilizada como técnica de reproducción asistida para vencer los obstáculos de la infertilidad humana. Sin caer en nociones derivadas de la moral o la religión, el presente estudio propone fundamentar los criterios internacionales en la materia en el esencial pero poco explorado concepto del interés superior del menor, presente en las distintas herramientas jurídicas internacionales que tutelan los derechos de los niños.

**Palabras Clave:** Subrogación, Técnicas de Reproducción Asistida, Derecho de Tutela, Interés Superior del Menor.

### **Abstract**

The social connotations that emerge from the achieved solutions reached by medical science to overcome the different biological obstacles that human beings constantly face in order to reproduce represent, without doubt, fertile ground for public opinion and debate. Without undermining the certainties attained by the collectivity in such social forums, the international legal construct has the obligation of exercising a clarifying material function by categorizing the guidelines under which such criteria are exposed, on the basis of the unavoidable precepts of justice and equity to which

it enshrines its value. Thus, law finds in systematic legal reflection an invaluable opportunity to collaborate with society by helping to establish the truths and fundamental principles upon which the debates that prompt our societies to exercise true and accurate criteria in the different aspects of human dealings must rest. Addressing these arguments, we have elaborated a brief reflection on the details involved in the use of maternal surrogacy as an assisted reproductive technology method used to overcome the obstacles represented by human infertility. Without falling on notions derived from morality or religion, the present study proposes to fundament international criteria on the matter on the essential but hardly explored concept of the child best interest, present on the different international legal tools that govern children rights.

**Key Words:** Surrogacy, Reproductive Assisted Technologies, Parental Rights, Child Best Interest.

## **1. Introducción**

La creciente influencia de algunas ideas propias de las sociedades capitalistas occidentales, preparadas para convertir cualquier actividad del hombre en un fructífero negocio, ha generado, a partir de las más básicas necesidades humanas, problemas de índole no solo ético o moral, sino también jurídico. Problemas modernos para sociedades modernas, cuyos principios básicos y fundamentales están en constante evolución y cambio, transformándose en mucho por los avances tecnológicos que rápida y continuamente alcanzamos. Podríamos establecer un catálogo de estos problemas modernos generados por nuestras occidentales sociedades de consumo, dentro del cual incluso sería posible preponderar cada uno de ellos, atendiendo principalmente a los valores trascendentales violentados. Sin embargo dicha actividad nos parecería inapropiada ya que, siguiendo una consecuencia lógica, sería fácil determinar que no hay una jerarquía de valores. Es decir, todo derecho fundamental debe de tener el mismo

valor a los ojos de la tutela del derecho internacional. Sin embargo, al hacer un rápido ejercicio para determinar los problemas que aquejan a cada una de nuestras sociedades, es imposible no detenerse en las características y particularizar momentáneamente cada uno de ellos.

Es por ello que en esta oportunidad ahondaremos en el creciente problema que genera la figura de la subrogación materna, o como comúnmente se le conoce, el alquiler de vientres. Esta moderna modalidad de las técnicas de reproducción asistida, cada vez más en uso, conjunta una serie de aristas que por sí mismas representan problemas de índole humanista, bioética y jurídica. Pero, ¿en que consiste la subrogación materna?

## **2. Definiendo a la Subrogación Materna**

La subrogación materna plantea, en un principio, la posibilidad de que una persona incapaz de tener un hijo, ya sea por infertilidad o algún otro problema reproductivo, rente o alquile un vientre materno ajeno al propio con la finalidad de que en él se gesten un embrión fecundado, desde el momento de la inserción hasta el parto. Sin embargo, la realidad de la práctica de esta actividad nos lleva a determinar que no en pocos casos se ha llevado a cabo también por razones puramente estéticas<sup>2</sup>. Con la finalidad de no cometer errores de precisión médica, haremos aquí una distinción que la propia medicina elabora al respecto. Existen dos tipos de subrogación materna. La llamada subrogación gestacional, en la que la madre sustituta solo porta en su organismo el óvulo fecundado de otra mujer, y la subrogación genética, en la que la madre sustituta aporta material genético propio,

---

<sup>2</sup> BRENA, Ingrid. La maternidad subrogada ¿es suficiente la legislación civil vigente para regularla? Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoPrivado/1/dtr/dtr7.pdf> Consultado el día 08 Agosto 2012

es decir, el ovulo a fecundar<sup>3</sup>. De esta distinción médica nacen las diferentes modalidades que la práctica jurídica ha encontrado:

Subrogación total: la mujer contratada es inseminada aportando sus propios óvulos, y después de la gestación y el parto entrega al hijo al padre biológico, renunciando a todos sus derechos sobre el.

Subrogación parcial: la gestadora es contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado in vitro que le ha sido trasplantado, que proviene de la unión de un espermatozoide y un ovulo de la pareja contratante.

Subrogación altruista: cuando la madre gestadora decide llevar a cabo el procedimiento de maternidad subrogada de manera gratuita, por lazos de amor, amistad o parentesco con la pareja contratante.

Subrogación por un precio: en países como los Estados Unidos de América, se permite que la pareja contrate a una madre gestadora, para que lleve a buen término el embarazo y de que lo efectuó a cambio de una contraprestación<sup>4</sup>.

Para el derecho, dichas distinciones no resultan menores. De las diferencias entre cada una de las posibilidades nacen los cuestionamientos más notorios en materia de maternidad, paternidad y filiación.

### **3. Proyecto de Ley de Maternidad Subrogada en México**

---

<sup>3</sup> Glosario de Tecnología en Reproducción Asistida. Consejo Australiano de Tecnología en Reproducción Asistida.: <http://www.rtc.org.au/glossary/index.html> Consultado el día 06 Agosto 2012

<sup>4</sup> RODRIGUEZ LOPEZ, Dina. Nuevas Técnicas de Reproducción humana. El útero como objeto de contrato. Revista de Derecho Privado, México, Nueva Época, año IV, núm. 11, mayo-agosto de 2005.

En un esfuerzo plausible pero acelerado, el cuerpo legislativo de la Ciudad de México ha esbozado un proyecto de ley para regular las actividades de subrogación materna en la capital mexicana. El proyecto de ley, que actualmente estudia la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, define a la subrogación materna como: El acuerdo de voluntades entre las partes para la transferencia de embriones humanos en la persona gestante, producto de la fecundación de un óvulo y un espermatozoide que concluye con el parto o la terminación del embarazo<sup>5</sup>. Y es aquí en donde nos encontramos con el primer gran problema de esta peculiar situación. De acuerdo al derecho civil mexicano, ninguna persona, ya sea presente o futura, puede ser objeto de un acuerdo de voluntades<sup>6</sup>. Sin embargo, en la definición emitida por el proyecto de ley, el objeto de dicho acuerdo es la transferencia de uno o más embriones humanos. Es indiscutible que la propia asamblea, adelantándose a dicha interpretación, establece que la subrogación materna es un convenio de voluntades, evitando así usar el término contrato, lo que le daría una muy notoria semejanza con las actividades mercantiles. De hecho, la definición propuesta por la Asamblea hace mención, mas adelante, a la imposibilidad de perseguir finalidades lucrativas a la hora de realizar esta actividad. A pesar de ello, el objeto del convenio no deja de ser una persona futura, que aun no ha sido siquiera concebida. Siguiendo este orden de ideas, en México la Ley General de Salud, en su artículo 462, fracción II, establece que: se impondrán de seis a diecisiete años de prisión y multa por el equivalente de ocho mil a diecisiete mil días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate...al que comercie o realice actos de simulación jurídica que tengan por objeto la intermediación onerosa de órganos, tejidos, incluyendo la sangre, cadáveres, fetos

---

<sup>5</sup> Proyecto de Ley de Gestión Subrogada Asamblea Legislativa D.F. Pág. Web: <http://www.aldf.gob.mx/comsoc-aprueba-aldf-ley-gestacion-subrogada-df--6818.html> Consultada el 20 Agosto 2012.

<sup>6</sup> Código Civil Federal. Título IV, Primera Parte, Capítulo I, arts. 1824-1831.

vivos o restos de seres humanos<sup>7</sup>. Como podemos apreciar, la actividad propuesta por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal podría fácilmente ser equiparada a la conducta prohibida por la Ley General de Salud, ya que el objeto del convenio es, durante la mayor parte del proceso, un embrión, es decir, un feto vivo.

Cabe señalar también que en México, el proyecto de ley de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal abarca, como posibles sujetos de la relación jurídica, a hombres y mujeres, solteros o casados, heterosexuales u homosexuales. Sin querer aquí ejercer un juicio moral sobre la preferencia sexual de los contratantes, su estatus familiar o la relación de dichas preferencias y condiciones con sus capacidades para educar a un hijo, es innegable que nos encontramos ante un cambio de estructuras familiares que afectan directamente al núcleo tradicional de nuestras sociedades.

Asimismo, es importante mencionar que un segundo problema es planteado al recordar que conforme al artículo 54 del Código Civil para el Distrito Federal<sup>8</sup>, en México existe la presunción de derecho de que la madre es la que da a luz al hijo mediante el parto, haciendo aplicación de una máxima del derecho romano, cuyo aforismo jurídico en latín es "*Mater semper certa est*". Este aforismo, cuya traducción al español versa la madre siempre es cierta, no admitía prueba en contrario, teniendo en cuenta que hasta hace no más de 30 años no se conocían las técnicas de reproducción médicamente asistida. Hoy la realidad nos demuestra que los principios básicos en materia de familia han evolucionado y han generado nuevas figuras, tanto maternas como paternas.

#### **4. Filiación y Tutela**

---

<sup>7</sup> Ley General de Salud. Título Decimo Octavo, Capítulo VI, art. 462

<sup>8</sup> Código Civil Federal. Libro I, Título Cuarto, Capítulo II, art. 54

Los avances en los métodos de reproducción asistida, específicamente la figura de la subrogación materna, han dado lugar a la aparición de formas de maternidad compartida, que la doctrina ha clasificado según los grados de intervención de cada una de las mujeres en la procreación. Así se han llegado a identificar las siguientes modalidades jurídicas con relación a la maternidad:

a. Maternidad plena: es la que une la relación biológica (genética y gestativa), con el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes que implican la maternidad.

b. Maternidad genética: la de quien se convierte en donante de óvulos.

c. Maternidad gestativa: cuando la mujer lleva adelante la gestación de un embrión a partir de un óvulo donado.

d. Maternidad legal: la de quien asume frente al hijo los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad sin que existan entre ellos vínculos biológicos<sup>9</sup>.

Como parte de las concepciones propias de las corrientes jurídicas naturalistas encontramos la idea que establece una correspondencia ineludible entre la filiación biológica y la filiación jurídica social, es decir, entre gestación y maternidad o paternidad. Para la posición naturalista del derecho, el lazo de parentesco jurídico entre una madre o un padre y un hijo es el propio de la concepción, o expresado en otras palabras, la gestación, la maternidad y la paternidad son tres conceptos infaliblemente interrelacionados a los ojos del naturalismo jurídico. En contraposición a estas ideas encontramos los conceptos más modernos sobre paternidad, maternidad y filiación, propios del iuspositivismo,

---

<sup>9</sup> GAMBOA MONTEJO, Claudia. Maternidad Subrogada: estudio teórico conceptual y de derecho comparado. Centro de Documentación Información y Análisis, Servicios de Investigación y Análisis, Política Interior, LXI Legislatura, Cámara de Diputados. Octubre, 2010. Pág. 15

que establecen diferencias muy marcadas entre cada una de las situaciones, mismas que generan nuevas figuras y conceptos mucho más amplios derivados de las realidades jurídicas que las sociedades invocan a partir de sus conductas. Las anteriormente expuestas modalidades en materia de maternidad que la práctica jurídica ha ido definiendo son un claro ejemplo de ello.

La exposición de motivos que en materia de filiación fundamentan ambas posiciones, tanto la naturalista como la positivista, no carecen de razones lógicas ni de razonamientos jurídicos coherentes y profundos. Por ello la codificación inflexible sobre los supuestos de la filiación bajo las realidades de la reproducción asistida resulta una tarea compleja y que tiende a definirse por posiciones personales morales o éticas, y que por lo mismo admite, por lo general, soluciones diversas y opinables y que no pueden ser resueltas por la doctrina jurídica privilegiando una determinada tesis moral o ética<sup>10</sup> sobre otra.

Dejando de lado la posibilidad de definir criterios filosóficos de acuerdo a concepciones propias de la ética o la moral, en el ámbito jurídico, la renuncia contractual a los derechos y a las obligaciones que se adquieren con la procreación de un hijo es un hecho difícil de fundamentar. No es fácil encontrar una lógica coherente que nos permita adjudicarle los derechos de maternidad a alguien distinto a la madre que dio a luz, estando ésta viva. Tomando como ejemplo al Reino Unido, en aquel país, una vez determinado el compromiso de contraer los derechos tutelares sobre el menor siendo parte ajena al proceso de gestación, es decir, no siendo la madre que dio a luz al recién nacido, la ley exige llevar a cabo un proceso equiparable al de la adopción bajo el cual sí se permite la renuncia de los derechos de filiación como antesala a dicho compromiso. Sin embargo, el procedimiento establece la necesidad de llevar a cabo dicho trámite para adjudicársele los

---

<sup>10</sup> FERRAJOLI, Luigi. La Cuestión del Embrión entre Derecho y Moral, en Construcción de la Bioética, Volumen 1 de la Serie de Textos de Bioética del Colegio de Bioética, A.C. (CB). Colección Ciencias, Tecnología y Sociedad del Fondo de Cultura Económica, México D.F. Marzo 2007.

derechos a los nuevos padres, y por otro lado, no es exigible en la corte<sup>11</sup>. Es decir, los compromisos adquiridos a través de un contrato de subrogación gestacional no están protegidos por el marco jurídico de dicho país, independientemente de la existencia de un contrato sustentado en la legislación que regula la actividad.

Más allá de que pueda ser claro o no de quién es biológicamente hijo o hija, es decir quién fue el genitor o la genitora, situación difícil de determinar incluso en el caso de que se divida la maternidad en genética y gestacional, dista de estar clara la respuesta a la pregunta de a quién pertenece la tutela, a quién se le atribuye jurídicamente la obligación y el derecho sobre el desarrollo del menor una vez nacido. ¿A quién garantiza el derecho el acceso a esa posición jurídica privilegiada con respecto a la niña o el niño que en ocasiones se convierte en objeto de deseo posesivo, toda vez que en nuestras sociedades es prácticamente la única posición que permite la participación en las labores de cuidado, educación y crianza, así como en determinadas relaciones de afecto? Se trata de garantizar una posición que incluye toda una serie de relaciones simbólicas y materiales, entre ellas la posibilidad de educar, y ciertas relaciones patrimoniales, por ejemplo derivadas de la sucesión mortis causa<sup>12</sup>.

Existen dos posiciones claramente contrapuestas en materia de filiación y subrogación gestacional. Las teorías contractualistas propias del liberalismo modernista que promueven la irreconciliable separación del derecho y la moral, nos explican que habiendo de por medio un acuerdo de voluntades expresado autónoma y libremente y bajo pleno conocimiento y consentimiento de los contratantes y del contratado, el derecho debe cumplir con su única función de velar por las

---

<sup>11</sup> Surrogacy Arrangements Act 1985: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49/contents>  
Consultado el día 29 Septiembre 2012

<sup>12</sup> LEMA AÑÓN, Carlos. "Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida". Colección Estructuras y Procesos, Serie de Derecho, Ed. Trotta, Madrid, España. 1999.

actividades humanas, sin restringir la autonomía de la voluntad, permitiendo que una pareja reclame y adquiera los derechos de paternidad y maternidad, y por ello la filiación y tutela, de un menor que nace del vientre de una mujer ajena a la pareja que reclama dichos derechos, incluso sin existir material genético de alguno de los dos contratantes, diferenciando la actividad a la de la adopción por el acuerdo de entrega previo al nacimiento. La posición no hace distinción entre matrimonios o concubinatos, parejas heterosexuales u homosexuales ni alguna otra. Bajo estos supuestos, la prohibición en el cobro de la actividad quedaría superada, ya que independientemente del objeto del contrato, la voluntad de los individuos expresada en un acuerdo valdría por sí misma y generaría una realidad jurídica exigible.

A estas teorías se contraponen aquellas que determinan que independientemente de la existencia o no de un acuerdo de voluntades que establezca los lazos de parentesco entre un no nacido y los que serán sus padres, e incluso independientemente de la concepción teórica, tanto civil como penal, en la que el marco jurídico bajo el que se suscita el hecho se fundamente, la gestación por sí misma conlleva la adquisición de los derechos tutelares sobre el menor, ya que el lazo biológico que se crea entre la madre gestadora y el menor no nacido es tan fuerte y tan natural, que en los hechos es quien genera invariablemente los lazos de parentesco y filiación, independientemente de quien y de que manera se haya aportado el material genético, incluso independientemente de la existencia de un acuerdo de voluntades previo al nacimiento. Es preciso mencionar que, a diferencia de las ideas expuestas por el filósofo italiano Luigi Ferrajoli en su artículo titulado *La Cuestión del Embrión entre Derecho y Moral*<sup>13</sup>, la existencia de un vínculo biológico entre una madre gestadora y el producto de dicho embarazo y el reconocimiento de éste como persona no dependen de concepciones morales distanciadas de los argumentos jurídicos pertinentes, sino de y solo de un hecho

---

<sup>13</sup> FERRAJOLI, Luigi. *La Cuestión del Embrión Entre Derecho y Moral*, en *Construcción de la Bioética*, Volumen 1 de la Serie de Textos de Bioética del Colegio de Bioética, A.C. (CB). Colección Ciencias, Tecnología y Sociedad del Fondo de Cultura Económica, México D.F. Marzo 2007.

propio de la naturaleza del hombre, no de su voluntad. Es decir, al argumentar la fuerza del vínculo psíquico y biológico generado naturalmente entre una madre embarazada y el producto de la concepción, la personalidad del embrión y su relación con los derechos de tutela, no se cae en el error de no desvincular al derecho de la moral. Por el contrario, reconocer la naturalidad de dicho lazo al alejarnos de los conceptos que proponen la facultad de la madre de reconocer o no al menor como persona nos lleva a extremar la necesidad de exigir su fundamentación jurídica, todo esto atendiendo esencialmente a los principios que buscan salvaguardar en todo momento el bienestar superior del menor. Con el propósito de esclarecer los posicionamientos antes expuestos, retomaremos las ideas de Ferrajoli para hacer notar, de manera precisa, que la diferencia entre ambos posicionamientos no depende de la autonomía de la voluntad de la madre, ni del concepto metafísico de la existencia de la personalidad jurídica de un no nacido, ni de la posible creación de una legislación que legitime todo esto. La diferencia nace de la posibilidad de otorgarle al ordenamiento jurídico la facultad de determinarse en torno a la voluntad individual, negando incluso hechos biológicos irrefutables, acto que niega la estrecha relación existente entre la ética y el derecho, debido probablemente a que el actuar del hombre compone el objeto verdadero de las normas jurídicas, mismas que representan reglas impero atributivas cuando expresan una obligación amparada por el ordenamiento jurídico. Para terminar con esta reflexión, nos gustaría fortalecer la idea de que la sumisión de los ordenamientos jurídicos y sus fundamentos a las distintas voluntades individuales nos llevaría a recorrer un camino en el que los valores fundamentales, a cuya protección el derecho debe su principal función, se determinarían por un estado de ánimo, una idea o un muy específico querer individual.

Sin duda nos encontramos no solo frente al cambio de estructuras familiares tradicionales, sino también frente al probable inicio de una crisis de principios jurídicos en materia de Derecho de Familia. Ante este panorama, la interrogante que tradicionalmente se ha formulado respecto a la paternidad vuelve a presentarse, pero ahora con un cambio de género, es decir ¿quién es la madre? ¿La qué lo

gesta? ¿La qué da luz? ¿La qué lo educa? La respuesta, que hasta hace poco parecía ser unívoca, atendiendo a máximas jurídicas que dan mayor importancia al dato del parto, ha sufrido un cambio de orientación hacia la admisión de otros criterios que se consideran igualmente relevantes para determinar la maternidad<sup>14</sup>.

## 5. Aspectos Penales

Dejando de lado los problemas que la subrogación materna le plantea tanto a la ontología jurídica como a la doctrina y a la filosofía del derecho, las posibilidades criminales para aprovechar esta figura al utilizarla como una plataforma mercantil se presentan como un tema alarmante. Y a ello contribuyen no solo la propia naturaleza del acto, sino, y en primer lugar, la falta de legislación internacional que intente unificar criterios en la materia. A la fecha se habla de un mercado informal cuyo valor alcanza anualmente cifras millonarias<sup>15</sup>. No hace falta mas que realizar una búsqueda en internet y sin la mayor dificultad podremos encontrar, en casi cualquier lugar del mundo, una cantidad importante de mujeres que ofertan sus vientres para subrogarlos. El número de clínicas dispuestas a realizar este procedimiento es cada vez mayor y parece trascender cualquier frontera. Si bien los Estados Unidos de América son el país que mas ha llevado esta figura a la practica, lugares tan remotos como la India<sup>16</sup> o con condiciones de salud tan precarias como Guatemala<sup>17</sup> se han convertido en verdaderos exportadores de bebes, permitiendo que sus mujeres renten sus vientres sin la menor regulación que las proteja ni a

---

<sup>14</sup> MORÁN DE VICENZI, Claudia. "El Concepto de filiación en la fecundación artificial", Universidad de Piura y Ara Editores, Colección Jurídica, Perú, 2005. Pág. 191

<sup>15</sup> CAMACHO SERVIN, Fernando. Vientres de Alquiler, Msemanal, México, D.F. Agosto 2010: <http://www.msemanal.com/node/2753> Consultado el día 3 Agosto 2012

<sup>16</sup> CAMACHO SERVIN, Fernando: Óp. cit.

<sup>17</sup> COTTOM, Hugo Leonel. Análisis Crítico del Sistema Nacional de Salud de Guatemala. Universidad Rafael Landivar, Facultad de Quetzaltenango. Guatemala 2004.

ellas ni al menor. Esto abre preocupantemente las posibilidades para que las organizaciones criminales dedicadas a la explotación sexual, dando un pequeño giro a su actividad y escudándose en la subrogación materna, trafiquen menores u órganos humanos.

En principio, la suma de hechos contrarios a derecho que esta actividad conlleva nos obliga a emitir un juicio negativo de la misma. Sin embargo, dicho juicio sería incompleto. No es posible negar que el surgimiento del problema, si bien expotenciado por la creciente globalización y la imposición de las ideas capitalistas en las sociedades modernas, tiene su origen en la imperiosa necesidad de los seres humanos de reproducirse, incluso a cualquier costo. Y es aquí en donde el juicio negativo necesariamente se limita. ¿Hasta qué punto podríamos condenar a quien, con el impedimento físico o biológico de reproducirse, lo intenta? ¿En qué momento dicho intento sobrepasa sus propios límites y transgrede los derechos de los demás? ¿Podríamos afirmar, sin temor a equivocarnos, que la figura de subrogación de vientre es una herramienta que toma en cuenta, únicamente, la posibilidad de los adultos de procrear sin importar el interés superior del menor porque éste no ha nacido? ¿Cuál debe ser el enfoque que la legislación internacional debe dar al problema? ¿Qué criterios debe utilizar el legislador para definir hasta que punto el estado debe intervenir en la ayuda que les proporciona a los padres para reproducirse? ¿Debe, incluso, llevar dicha ayuda hasta la posibilidad de poner en riesgo la integridad psíquica y emocional de un menor?

## **6. Interés Superior del Menor**

De acuerdo a la profesora Margaret Anne Ganley Somerville, reconocida académica y experta en temas de bioética, desde una perspectiva amplia, toda situación de subrogación materna es una mala idea. Rompe lo que indiscutiblemente es el lazo mas íntimo que tenemos los seres humanos, aquel de una madre con su hijo. Ese lazo es de vital importancia para cada uno de nosotros como individuos y para la sociedad en su conjunto. En su opinión, no es válida la respuesta de que universalmente aceptamos la adopción. La figura de la adopción

es una desagradable necesidad que se da en circunstancias que no fueron planeadas, y por lo mismo no rompe el tejido social ni menoscaba el valor que existe en el lazo de los padres y sus hijos. La realidad de la subrogación es distinta, antes de que el menor sea incluso concebido, el plan es que la madre que de a luz lo venda, entregue o regale<sup>18</sup>.

La Declaración de los Derechos de los Niños establece, en su principio 6, que: El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia.

Atendiendo a los principios rectores reconocibles en la legislación internacional vigente, las pautas que rigen la función legislativa encuentran sus fundamentos no solo en la expresa voluntad e incluso necesidad de los pueblos, sino también en los criterios éticos, psicológicos, biológicos y jurídicos propios de quien ejerce estas responsabilidades. De acuerdo con este orden de ideas, los criterios legislativos en materia de subrogación materna deben estar íntimamente ligados a la protección del interés superior del menor, independientemente de la facultad biológica, e incluso del derecho, de quien quiera ser padre y pueda serlo o no. Hay que tomar en cuenta que la niñez es un sector de la población que por sus propias condiciones se encuentra en una situación de natural desprotección y que es fácilmente vulnerable. De acuerdo a la lógica utilizada por la Organización de las

---

<sup>18</sup> SOMERVILLE, Margaret Anne. When granny gives birth to her grandson, there is something wrong. The Globe and Mail. Toronto, Canadá. 2011: <http://www.theglobeandmail.com/commentary/when-granny-gives-birth-to-her-grandson-theres-something-wrong/article567114/> Consultado el día 08 Agosto 2012

Naciones Unidas a través del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), materializada en la Convención Universal de los Derechos de los Niños y en la Declaración de los Derechos de los Niños, las necesidades propias de un sector con tales desigualdades frente al resto de la población merecede un tratamiento y una protección especiales, derivadas de su particular condición<sup>19</sup>.

En principio, el tema de la subrogación materna incluye los derechos de los padres para reproducirse incluso a través de los procedimientos tecnológicos de reproducción asistida más modernos, cuyos verdaderos efectos en la psique y en el desarrollo integral de un menor son, hasta ahora, poco conocidos.

Según datos recientemente publicados por la revista científica Nature Medicine, en la actualidad el porcentaje medio de bebés nacidos vivos luego de un procedimiento de fecundación in vitro<sup>20</sup> es de 27 por ciento, con una tasa de embarazo de 33 por ciento. Sin embargo la efectividad de estas técnicas depende en gran medida de la edad, y por lo tanto de la fortaleza de las células sexuales del padre y de la madre<sup>21</sup>. Esto nos habla de un muy bajo porcentaje de éxito al utilizarse esta técnica propia de algunas modalidades de la subrogación materna.

---

<sup>19</sup> Convención Universal de los Derechos de los Niños. United Nations Treaty Collection. Convention on the rights of the child: <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&msgid=IV-11&chapter=4&lang=en> Consultado el día 22 agosto 2012

<sup>20</sup> De acuerdo a la definición proporcionada por la Biblioteca Nacional de Medicina del Instituto Nacional de la Salud de los Estados Unidos de Norteamérica, la fecundación in vitro es la unión del óvulo de una mujer y el espermatozoide de un hombre en un plato de laboratorio. In vitro significa "por fuera del cuerpo". Fecundación significa que el espermatozoide se ha fijado y ha ingresado al óvulo.

<sup>21</sup> CAMILLE, Amy. In Vitro Fecundation. Nature Medicine Journal. Núm. 1897, Pág. 26. London, United Kingdom.

Por otro lado, los datos proporcionados por la publicación mensual *The New England Journal of Medicine* establecen que los niños concebidos a través de técnicas de reproducción asistida, incluidas la fecundación in vitro, la inyección de espermatozoide intracitoplasmico<sup>22</sup> y la inserción de óvulos fecundados, todas ellas utilizadas en la subrogación materna, son mas susceptibles a presentar condiciones congénitas poco comunes, como perlesía cerebral y defectos del corazón, que los menores concebidos de manera natural<sup>23</sup>. Un estudio ampliamente citado por miembros de la comunidad medica internacional, llevado a cabo por esta misma institución, encontró que de un total de 4,000 menores, el 8.6% de los niños concebidos a través de la fecundación in vitro y 9% de los niños concebidos a través de la inyección de espermatozoides intracitoplasmico fueron diagnosticados con algún tipo de defecto congénito de nacimiento al cumplir el primer año de edad, comparado con solo el 4.2% de niños concebidos de manera natural que a esta edad presentaron algún tipo de defecto<sup>24</sup>.

El esfuerzo mas reciente por determinar los riesgos que conllevan las técnicas de reproducción asistida para el menor, llevado a cabo por científicos de la Universidad de Adelaide, en Australia, incluyó en su sector de estudio los

---

<sup>22</sup> La inyección de espermatozoide intracitoplasmico es unamodalidad de las técnicas de reproducción asistida que consiste en inyectar un solo espermatozoide en el ovulo. Este procedimiento puede realizarse incluso en casos de semen con problemas de fertilidad severos. En caso de ausencia total de espermatozoides, estos se pueden obtener directamente de epidídimo o del testículo mediante una pequeña biopsia testicular. Si la inyección de espermatozoide citoplasmico tiene éxito, los embriones se transfieren al útero de la mujer como en cualquier otro proceso de reproducción asistida.

<sup>23</sup> DAVIES, Michael J. *Reproductive Technologies and the Risk of Birth Defects*. *New England Journal of Medicine*. May 2010.

<sup>24</sup> HANSEN, Michelle. *The Risk of Major Birth Defects after Intracytoplasmic Sperm Injection and in Vitro Fertilization*. *The New England Journal of Medicine*. March 2010.

procedimientos de transferencia de embriones, tanto congelados como sin congelar, para determinar las diferencias entre los porcentajes de defectos físicos y biológicos que presentan los menores nacidos a través de alguna técnica de reproducción asistida en comparación con los que presentan los menores nacidos a través de un proceso natural. De 308,974 nacimientos registrados por el estudio, 6,163 fueron concebidos utilizando algún método de reproducción asistida. Al igual que los resultados mostrados por estudios hechos con anterioridad, el porcentaje de menores que nacen con defectos congénitos de algún tipo es mayor en el uso de alguna de estas técnicas. El 8.3% de los menores concebidos a través de algún método de reproducción asistida presentaron cierto tipo de defectos congénitos de nacimiento, mientras que solo el 5% de los menores nacidos naturalmente presentaron algún tipo de problema al nacer<sup>25</sup>.

A la luz de las verdades y las consecuencias generadas por la subrogación materna, creemos necesario invitar a la esfera jurídica internacional a hacer una profunda reflexión que nos lleve, en un esfuerzo conjunto, a unificar los criterios necesarios para fomentar un espacio digno y de absoluta certeza jurídica para todos los involucrados en la materia. En este sentido, creemos importante señalar la imperante necesidad para la creación de una legislación internacional que, en primera instancia, nos lleve a reducir al mínimo posible la pérdida de vida en los procedimientos de reproducción asistida, tanto de la madre gestadora como de los menores no nacidos, particularmente en el procedimiento de subrogación materna. Sin profundizar en las interrogantes bioéticas que conllevan la participación de mas de dos personas en un proceso de creación de vida, encontramos fundamental establecer que si bien los derechos reproductivos de los seres humanos están catalogados, por la mayoría de los estados, como parte de los derechos fundamentales del hombre, la práctica actual de estas técnicas nos obligan a

---

<sup>25</sup> Higher Risks of Birth Defects from Assisted Reproduction. The University of Adelaide News Bulletin. Adelaide, Australia. Mayo 2012. Consultado el día 22 Agosto 2012: <http://www.adelaide.edu.au/news/news52561.html>

enfrentar la valoración de dichos derechos frente al interés superior del menor. Al respecto es importante señalar que si bien el concepto de interés superior del menor no es un criterio ampliamente definido por la doctrina jurídica, la idea aparece recogida como piedra angular y principio insustituible en los convenios que protegen los derechos de los niños, como los son la Convención de los Derechos del Niño y su posterior Declaración, el Convenio sobre Protección de Menores y Cooperación en Materia de Adopción Internacional, la Convención Interamericana sobre Ley Aplicable a las Adopciones Internacionales, el Convenio Interamericano sobre Trafico Internacional del Menor y el Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores<sup>26</sup>. El interés superior del menor se hace presente en la suma de los convenios antes mencionados, ya sea implícita o explícitamente, y se materializa en la protección de la vida del menor, en la protección de su estabilidad emocional y afectiva y en la búsqueda para evitar rupturas bruscas e innecesarias en su entorno familiar. Es decir, el interés superior del menor busca, a todas luces, proteger su vida y el desarrollo integral de su personalidad<sup>27</sup>. Como tristemente podemos percibir, en cuanto a las técnicas de reproducción asistida y su modalidad de subrogación materna, el interés superior del menor esta íntimamente ligado, en primer plano, con su supervivencia, y en segundo con su bienestar físico y psíquico durante el proceso inicial de su desarrollo, incluso entes de haber nacido.

## **7. Conclusiones**

---

<sup>26</sup> RODRIGUEZ, Sonia. La Protección de los Menores en el Derecho Internacional Mexicano. U.N.A.M. México 2006. Pág. 32

<sup>27</sup> ADROHER BIOSCA, S. Algunas Cuestiones en Torno a la Adopción Internacional. Edit. Colex. Madrid, 2004. Pág. 149.

Para concluir, es conveniente proponer la creación de una ley modelo que permita a los diferentes estados consolidar los conceptos sobre las características que en materia de subrogación materna deben ser legisladas. Una ley modelo es un arquetipo de texto legal preparado para ser incorporado por los gobiernos al derecho interno de su país y que presenta los mismos rasgos que cualquier otra ley aprobada por un poder legislativo<sup>28</sup>. Las leyes modelo, confeccionadas por las distintas oficinas que pertenecen a la Organización de las Naciones Unidas, son elaboradas como un conjunto de herramientas de asistencia técnica que le permiten a los gobiernos traducir sus obligaciones, adquiridas con la firma y posterior ratificación o adhesión de los tratados internacionales, en leyes internas propias del marco jurídico de cada uno de los países. Estas leyes apuntan a facilitar la revisión y la corrección de las leyes internas vigentes en cada estado, haciendo los ajustes necesarios que permitan reflejar de manera precisa los principios fundamentales de su constitución y de su sistema jurídico, o en su caso, a facilitar la creación de nuevas legislaciones. Las leyes modelo dan prioridad a las obligaciones sustantivas que nacen de los tratados internacionales, dejando de lado las formalidades propias de los órganos legislativos de cada estado. Están diseñadas para ayudar, más no para substituir, al meticuloso proceso legislativo. La creación de una ley modelo en materia de subrogación materna nos permitiría establecer un terreno común sobre el cual podríamos sembrar de manera conjunta los fundamentos que valoren y protejan, directamente, tanto el interés superior del menor como los derechos reproductivos de los padres.

Siguiendo esta secuencia en el pensamiento, es importante reafirmar la idea de que con independencia de los términos gramaticales, los conceptos generales o las interpretaciones personales, la función legislativa internacional debe tener muy claras las pautas a seguir a la hora de dictar convenios, declaratorias o leyes

---

<sup>28</sup> United Nations Office on Drugs and Crime. Model laws and treaties: <http://www.unodc.org/unodc/en/legal-tools/model-treaties-and-laws.html> Consultado el día 23 de Agosto de 2012.

modelo que obliguen a los estados participantes a proteger los derechos fundamentales de los seres humanos. Bajo estos criterios, es indispensable reconocer que en materia de subrogación materna en particular, y de reproducción asistida en general, el interés superior del menor, si bien poco definido, debe ejercer como principio rector. Porque no hay que olvidar que, de acuerdo a las ideas del filósofo mexicano Efraín Gonzales Morfin, toda persona humana, incluso el niño en el vientre materno, es persona por su ser de sustancia individual, material y espiritual, y por ello tenemos el deber de defender el derecho humano a la vida del niño concebido que se encuentra en el vientre materno<sup>29</sup>.

## 8. Bibliografía

ADROHER BIOSCA, S. Algunas Cuestiones en Torno a la Adopción Internacional. Edit. Colex. Madrid, 2004. Pág. 149.

BRENA, Ingrid. La maternidad subrogada ¿es suficiente la legislación civil vigente para regularla? Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoPrivado/1/dtr/dtr7.pdf> Consultado el día 08 Agosto 2012

---

<sup>29</sup> GONZALES MORFIN, Efraín. Doctrina Social Cristiana y Derechos Humanos. Jurídicas, N. 19. U.I.A. México (1988-1989), Pág. 351

CAMACHO SERVIN, Fernando. Vientres de Alquiler, Msemanal, México, D.F. Agosto 2010: <http://www.msemanal.com/node/2753> Consultado el día 3 Agosto 2012

CAMILLE, Amy. In Vitro Fecundation. Nature Medicine Journal. Num. 1897, Pág. 26. London, United Kingdom.

Código Civil Federal. Libro I, Título Cuarto, Capítulo II, art. 54

Código Civil Federal. Título IV, Primera Parte, Capítulo I, arts. 1824-1831.

Convención Universal de los Derechos de los Niños. United Nations Treaty Collection.

Convention on the rights of the child:  
[http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-11&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en) Consultado el día 22 agosto 2012

COTTOM, Hugo Leonel. Análisis Crítico del Sistema Nacional de Salud de Guatemala. Universidad Rafael Landivar, Facultad de Quetzaltenango. Guatemala 2004.

DAVIES, Michael J. Reproductive Technologies and the Risk of Birth Defects. New England Journal of Medicine. May 2010.

FERRAJOLI, Luigi. La Cuestión del Embrión entre Derecho y Moral, en Construcción de la Bioética, Volumen 1 de la Serie de Textos de Bioética del Colegio de Bioética, A.C. (CB). Colección Ciencias, Tecnología y Sociedad del Fondo de Cultura Económica, México D.F. Marzo 2007.

FERRAJOLI, Luigi. La Cuestión del Embrión Entre Derecho y Moral, en Construcción de la Bioética, Volumen 1 de la Serie de Textos de Bioética del

Colegio de Bioética, A.C. (CB). Colección Ciencias, Tecnología y Sociedad del Fondo de Cultura Económica, México D.F. Marzo 2007.

GAMBOA MONTEJO, Claudia. Maternidad Subrogada: estudio teórico conceptual y de derecho comparado. Centro de Documentación Información y Análisis, Servicios de Investigación y Análisis, Política Interior, LXI Legislatura, Cámara de Diputados. Octubre, 2010. Pág. 15

Glosario de Tecnología en Reproducción Asistida. Consejo Australiano de Tecnología en Reproducción Asistida.: <http://www.rtc.org.au/glossary/index.html>  
Consultado el día 06 Agosto 2012

GONZALES MORFIN, Efraín. Doctrina Social Cristiana y Derechos Humanos. Jurídicas, N. 19. U.I.A. México (1988-1989), Pág. 351

HANSEN, Michelle. The Risk of Major Birth Defects after Intracytoplasmic Sperm Injection and in Vitro Fertilization. The New England Journal of Medicine. March 2010.

Higher Risks of Birth Defects from Assisted Reproduction. The University of Adelaide News Bulletin. Adelaide, Australia. Mayo 2012. Consultado el día 22 Agosto 2012: <http://www.adelaide.edu.au/news/news52561.html>

LEMA AÑÓN, Carlos. "Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida". Colección Estructuras y Procesos, Serie de Derecho, Ed. Trotta, Madrid, España. 1999.

Ley General de Salud. Título Decimo Octavo, Capítulo VI, art. 462

MORÁN DE VICENZI, Claudia. "El Concepto de filiación en la fecundación artificial", Universidad de Piura y Ara Editores, Colección Jurídica, Perú, 2005. Pág. 191

Proyecto de Ley de Gestación Subrogada Asamblea Legislativa D.F. Pág. Web:  
<http://www.aldf.gob.mx/comsoc-aprueba-aldf-ley-gestacion-subrogada-df--6818.html>  
Consultada el 20 Agosto 2012.

RODRIGUEZ LOPEZ, Dina. Nuevas Técnicas de Reproducción humana. El útero como objeto de contrato. Revista de Derecho Privado, México, Nueva Época, año IV, núm. 11, mayo-agosto de 2005.

RODRIGUEZ, Sonia. La Protección de los Menores en el Derecho Internacional Mexicano. U.N.A.M. México 2006. Pág. 32

SOMERVILLE, Margaret Anne. When granny gives birth to her grandson, there is something wrong. The Globe and Mail. Toronto, Canadá. 2011:  
<http://www.theglobeandmail.com/commentary/when-granny-gives-birth-to-her-grandson-theres-something-wrong/article567114/> Consultado el día 08 Agosto 2012

Surrogacy Arrangements Act 1985:  
<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49/contents> Consultado el día 29 Septiembre 2012

United Nations Office on Drugs and Crime. Model laws and treaties:  
<http://www.unodc.org/unodc/en/legal-tools/model-treaties-and-laws.html> Consultado el día 23 de Agosto de 2012.