

Maternidad y gestación subrogada en la legislación tabasqueña

Melisa de Jesús García Pérez¹
Claudia González González²

RESUMEN

El presente artículo aborda el tema de la maternidad subrogada y la regulación que tiene en el estado de Tabasco en su código civil, con el objetivo de informar a la sociedad sobre su importancia, aplicación en México y una mirada a nivel mundial. La información se documentó históricamente para conocer el papel de la mujer en la reproducción y conservación de la raza humana, en un principio desde el punto de vista de la Iglesia y después abordando el tema de acuerdo a los avances científicos y su regulación en la ley. No hay que olvidar que Tabasco es el pionero a nivel nacional en la maternidad subrogada a través del contrato donde intervienen dos mujeres.

Palabras claves: Maternidad subrogada, madre sustituta, Código Civil, Contrato de subrogación, regulación.

INTRODUCCIÓN

Con el paso del tiempo el ser humano ha ido evolucionado y adoptando nuevas modalidades en su vida y

su desarrollo, así como también creando y modificando el entorno en el que se vive.

El Derecho ha sido creado para vigilar y regular el comportamiento humano en la sociedad, el cambio que va adoptando y junto con este, la tecnología y los descubrimientos científicos que a lo largo de los años van surgiendo. Por lo cual es necesario jurídicamente tomar medidas para regular su actuar y desempeño. Al respecto, Alma Arámbula Reyes (2008), citando a Quiroz Cuarón señala que «...El derecho nace de las realidades humanas. Primero existen las realidades, y después se plasman en el derecho».

El ser humano por naturaleza necesita reproducirse, es la ley de la vida, pero incluso en algunas ocasiones esta reproducción no llega a consumarse. En el viejo continente la mujer únicamente tenía que cuidar de su hogar y de sus hijos, y cuando la mujer era considerada infértil carecía de valor. Entonces, cuando la mujer fuera inservible y no cumplía con su papel de reproducción se rechazaba debido a que el hombre siempre buscaba preservar su linaje, tener una

¹ Estudiante de octavo semestre de la licenciatura en Derecho de la UO. Correo electrónico melisagarcia14_@hotmail.com

² Asesora del texto y docente en la licenciatura en Derecho de la UO. Correo electrónico: mtra.claudiagzz@gmail.com

dinastía, mientras que para la Iglesia la mujer fue considerada como abnegada.

La historia enseña que a través de los años se han buscado opciones o soluciones para poder reproducirse que inclusive se podrían considerar como el primer antecedente a la propia Biblia que desde el «Antiguo Testamento» hace mención sobre la gestión subrogada en Génesis 16:1-16 en donde la esposa del patriarca Abraham, Saray, era infértil.

Saray, la esposa de Abraham, no le había dado hijos. Pero como tenía una esclava egipcia llamada Agar. Saray le dijo a Abraham:

— El Señor me ha hecho estéril. Por lo tanto, ve y acuéstate con mi esclava Agar. Tal vez por medio de ella podré tener hijos.

Después de la llegada de Cristo, durante la llamada época del oscurantismo y la dominación del hombre por un poder supremo divino, inculcado por la misma, fue el tiempo en que la mujer no protagoniza la historia con un papel relevante. Sin embargo es considerada para la reproducción y conservación.

Después de esta y con la llegada de la época de la modernidad, con la aparición de grandes descubrimientos como por ejemplo el continente americano, se fueron presentando situaciones en las que para muchas personas el sueño de formar una familia y concebir un hijo era inalcanzable, aun existiendo la modalidad de adopción para algunos eso no era suficiente, por lo que se buscó la manera de ayudar a personas infértiles o que no son capaces de gestar a un bebé.

En las últimas décadas del siglo XX los avances científicos han permitido que pueda llevarse a cabo una reproducción asistida y lo que era una práctica antigua de concepción con diferente mujer a la esposa, para que con posterioridad, una vez nacido el crío, el bebé fuera entregado a la esposa o mujer oficial, pase a ser algo real. Sin embargo se han presentado ciertos casos en donde la falta de legislación trae

consigo conflictos legales, además de los emocionales por la naturaleza humana.

Estados Unidos de América es el país pionero en el sector de la gestación subrogada y fue en 1980 cuando se firmó el primer contrato de esta naturaleza. En 1986, en el mismo país, ocurrió uno de los casos más polémicos, precisamente por la parte emocional que la mujer presenta al convertirse en madre, en relación a los contratos de gestación subrogada, el famoso «caso Baby M», el cual consistió en que la gestante quiso quedarse con la recién nacida, incumpliendo así el acuerdo que había pactado con los padres de intención. Este caso marcó historia ya que aquí se establecieron las bases para que el bebé sea reconocido como hijo de sus padres de intención y no de la persona que prestó el vientre (Gutton, 2017).

Otros países donde también se permite la maternidad subrogada son Reino Unido, Dinamarca y Bélgica, siempre y cuando la madre sustituta no reciba compensaciones o un pago por traer una vida al mundo, con excepción de aquellos gastos que se deriven como producto del embarazo. Esto en razón de evitar lucrar con una vida humana y que se deje a un lado el objetivo de ayudar a personas infértiles con deseos de ser padres. Es decir, para que ésta sea posible y legalmente autorizada debe prevalecer el deseo de ayudar desinteresadamente, refiriéndonos al tema económico.

La maternidad subrogada es un tema de carácter legal, sin embargo, la realidad es que no puede separarse de sentimientos, creencias religiosas y avances científicos, por ello a continuación se presenta información con carácter informativo, planteada con respeto debido a la delicadeza del tema en cuestión.

DESARROLLO

Con el avance de la ciencia, la maternidad ha adquirido una nueva forma: la maternidad subrogada, en la



Figura 1. Países con maternidad subrogada. Imagen obtenida del diario *El Mundo*

que participan dos mujeres que presumen ser madres de un bebé. Esta causa es por lo que resulta importante determinar qué es la maternidad, a fin de definir si las dos mujeres que se encuentran involucradas en la maternidad subrogada son las madres del bebé, o lo es sólo una de ellas.

Maternidad es una palabra que proviene de materno y significa «estado o cualidad de madre». Con ello se hace referencia a la relación existente entre la madre y/o los hijos, pues por madre se entiende «la mujer que es responsable de los hijos, de su cuidado y educación, la encargada de buscar una buena escuela, de vestirlos, bañarlos, alimentarlos etc.» De esta manera, una madre no sólo es aquella mujer que da a luz al bebé sino también la que lo educa, cuida y alimenta.

Por lo tanto se puede decir que en la maternidad subrogada existen dos madres para el bebé. Una es la que da a luz y otra quien ve por él toda la vida. En-

tonces la maternidad subrogada es definida como «el contrato por el cual una mujer acepta prestar su cuerpo para que le sea implantado un embrión ajeno llevando el embarazo a término, permitiendo en esta forma tener descendencia a personas que en otra forma no sería posible» (Arámbula, 2008).

Desde el punto de vista económico, los acuerdos de maternidad subrogada serán onerosos cuando exista un pago de por medio. En cambio, en los acuerdos a título gratuito, la madre o la gestante aceptan el encargo por un sentimiento altruista de solidaridad respecto a una mujer incapaz físicamente de anidar el embrión. Las variantes ameritan trato jurídico o distinto. La maternidad subrogada conlleva una disposición de la filiación biológica materna y el surgimiento de otra jurídica, en cambio, en la gestación subrogada significa que la mujer solo lleva un embarazo y da a luz a un niño que no es su hijo biológico, por tanto no

se establece ningún vínculo de filiación. Si se mediara un pago, en el primer caso significaría que la mujer que proporciona su óvulo y gesta, entrega a su hijo a cambio de un dinero convirtiendo esa acción en una verdadera venta o tráfico de niños. En el segundo, la entrega de dinero podría ser considerada como el pago por servicios prestados. (Brena Sesma, 2012).

Por lo anterior es que en el contrato de maternidad subrogada no debe existir alguna remuneración o pago, pues de ser así se estaría vendiendo una vida y ello es un tema de alta delicadeza, pues no se está hablando sobre una «cosa».

Sin duda esa no es su finalidad sino, desde el punto de vista social, el fin sería el desarrollo familiar. Sin embargo, en lo que sí debe existir un pago sería para alimentos o gastos médicos, inclusive vestimenta.

Para iniciar, el precepto constitucional que, realizando una mera interpretación jurídica, permite la maternidad subrogada es el artículo 4to. constitucional, a lo cual Ingrid Brena Sesma (2012) refiere, es el derecho a la reproducción, pues señala que: es toda aquella expresión de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad, reconocido dentro del artículo constitucional de referencia, el cual de manera literal señala en uno de sus párrafos: «Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos», esto dado a que quienes, en afán de dar continuidad a su genética, acuden a las modernas técnicas científicas que les ofrecen la oportunidad de tener descendencia, en vez de adoptar niños que les son ajenos (Tosca, 2016).

Como se observa, el artículo de la Constitución no hace mención literal de que sea permitida la reproducción asistida. No obstante se considera que el artículo marca una pauta para la regulación que debe tener y para quienes quieran optar por dar continuidad a su descendencia a través de medios reproductivos que ofrece la ciencia, «es de destacarse que ni la Ley Gene-

ral de Salud ni su Reglamento en Materia de Investigación para la Salud hacen referencia alguna a la maternidad subrogada. Ambos ordenamientos solo se refieren en forma general a la inseminación artificial y a la fertilización in vitro», como señala Martínez (2015).

De acuerdo con Jorge Luis Sastré Orosco (2017), no aparecen disposiciones relativas al contrato de la maternidad ya que entran cuestiones como la renuncia de la maternidad por entregar al niño a los contratantes, al igual que la cuestión monetaria.

Al menos en lo que respecta a la legislación de los estados, en el aquel entonces llamado Código Civil del Distrito Federal, se hace mención a que las parejas pueden buscar métodos para la procreación de sus hijos, entre ellos los avances de la ciencia (artículo 162), pero no se hace mención a la maternidad subrogada como tal.

Sin embargo, según señala Ingrid Brena, los derechos no pueden ser utilizados de forma aislada, al menos en lo relacionado con la familia y la maternidad. Derechos como el interés superior del menor, filiación y dignidad tienen que comulgar junto con el Estado. Al menos relacionándose con la entrega del niño recién nacido, el Código Penal del Distrito Federal (hoy Ciudad de México) establece: «al que con el consentimiento de un ascendiente ejerza la patria potestad o de quien tenga a su cargo un menor, aunque ésta no haya sido declarada, lo entregue ilegalmente a un tercero para su custodia definitiva a cambio de un beneficio económico, se le impondrán de dos a nueve años de prisión».

Ante todo debe estar el interés superior del menor, es por ello que el tema que se trata debe ser analizado y estudiado con mucho cuidado por el legislador ya que es una vida la que está en juego. Y si en un supuesto los niños que nacen bajo estas técnicas de reproducción asistida traen consigo alguna enfermedad o deformación, ¿qué procedería si los padres no lo aceptan? Es por ello que su protección debe ser lo primordial.

Tabasco es una de las entidades federativas de la nación mexicana pioneras en reconocer en su ley la reproducción asistida; la otra es Sinaloa (Sastré, 2017). Sin embargo, pese a que ya se encontraba regulado la figura del contrato, el Código aún carecía de características fundamentales para la realización de tales convenios y no existía ningún apartado o sección de dichos contratos, más bien era reconocido el derecho de los cónyuges para emplear cualquier método de reproducción artificial para lograr su descendencia, pero no más allá.

Cabe mencionar que Tabasco fue sede para muchos extranjeros que buscaban una solución a sus problemas de infertilidad, lo que causó muchos conflictos debido a la falta de regularización y el mal empleo que ejercían, incluso hubo un tiempo en el que se reconoció al estado como el «paraíso de la maternidad subrogada» (Sastré, 2017).

En ese entonces el gobernador presentó una iniciativa para expedir un nuevo Código Civil para el Estado de Tabasco, mismo que fue aprobado por el Congreso del Estado y publicado en el Periódico Oficial el 9 de abril de 1997, en donde se establecieron disposiciones para permitir la gestación sustituta y subrogada; disposiciones que se mantienen en su redacción original pues no se han reformado en forma alguna (Periodico Oficial del Estado de Tabasco, 2016).

El Código Civil del Estado de Tabasco en su artículo 92 define «madre gestante sustituta» y «madre gestante subrogada»: «...Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso».

Como se observa a pesar de la regulación expresada en el Código, el tema aún era ambiguo y mos-

traba lagunas, es decir, carecía de información y hacía falta regulación para así evitar los daños y conflictos.

Por ello el 13 de enero de 2016 se publicó el decreto 265 en el Periódico Oficial del Estado, por iniciativa de la diputada Liliana Ivette Madrigal Méndez, quien estimó conveniente establecer un proceso de regulación de este sistema de reproducción asistida, con el objeto de que el mismo se encuentre debidamente reglamentado y vigilado en aras de no afectar derechos fundamentales de terceras personas.

Ante tal circunstancia, el decreto se reguló con una estructura lógica, consistente en adicionar el Capítulo VI bis, denominado: «DE LA GESTACIÓN ASISTIDA Y SUBROGADA», al título octavo «DE LA FILIACIÓN», perteneciente al Libro Primero, en el cual se adicionan los artículos 380 bis 1 al bis 7, con esto se pretende regular las prácticas clínicas de gestación asistida y subrogada, contando con la intervención y vigilancia de la Secretaría de Salud del Estado, la cual acreditará a las instituciones clínicas que brindarán el servicio de reproducción humana asistida.

Del mismo modo se enuncian los requisitos que deberá contener el contrato de gestación; así también las circunstancias que producen la nulidad de aquellos contratos que se hayan celebrado. Además, se incluye la intervención del juez para aprobar los contratos, acuerdos y convenios, así como para la adopción plena de los recién nacidos por este tipo de gestación (Periodico Oficial del Estado de Tabasco, 2016).

Con esta reforma y de acuerdo al decreto del Periódico Oficial del Estado de Tabasco, la entidad es catalogada como un estado moderno que entiende la evolución científica y los cambios que esta va teniendo en la sociedad, siempre buscando el beneficio de los ciudadanos y que a su vez, este método de reproducción asistida no se preste a malas prácticas que atenten contra la dignidad de las personas, ni tampoco se cometan delitos.

De acuerdo a las adiciones del código civil local, el artículo 380 bis da el concepto de reproduc-

ción humana asistida, que a la letra dice: «Se entiende por reproducción humana asistida, el conjunto de prácticas clínicas y biológicas para la creación de un nuevo ser humano, logrado mediante técnicas científicamente acreditadas y autorizadas por la legislación en materia de salud, realizadas con la intervención de personal de la salud, constituidas por métodos de fertilización de células germinales, gametos de uno o ambos sexos, además de la reproducción de cigotos y embriones, que permitan la procreación fuera del proceso biológico natural de la pareja infértil o estéril».

Además, se permite a los cónyuges o concubinos la inseminación o fecundación homóloga y heteróloga, por las que debemos entender lo siguiente. Por fecundación homóloga aquella en la que los gametos son aportados por ambos cónyuges o concubinos; y por fecundación heteróloga, aquella en que uno de los gametos es donado por un tercero y el otro gameto es aportado por uno de los cónyuges o concubinos. Sólo será válido el consentimiento expresado en vida por algún cónyuge o por algún concubino, con las formalidades que este Código exige, para los efectos de que sus gametos puedan ser utilizados con posterioridad, en un procedimiento de inseminación, en caso de ocurrir la muerte del donante (CCET, 1997).

También es importante hacer mención sobre si las personas del mismo sexo o los matrimonios igualitarios tienen estos derechos. Sobre ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación analizó si las normas jurídicas que en el estado de Tabasco regulan la reproducción asistida, dan suficiente seguridad jurídica a las partes que intervienen en un procedimiento de esa naturaleza y si la regulación restringe el acceso a personas homosexuales o matrimonios del mismo sexo, esto debido a la reasunción de competencia que registró con el número 49/2017 que fue turnado a la ministra Norma Lucía Piña Hernández, el cual dos personas del mismo sexo interpusieron demanda de amparo señalando que se violaban los artículos 1ro. y 4to. constitucionales, ya que únicamente este derecho

les es permitido a ciertas personas, basado en su estado civil, pues autoriza la inseminación o fecundación homóloga y heteróloga a los cónyuges o concubinos, excluyendo de esta forma tácitamente a quien no se encuentre en este supuesto.

Por su parte, la fracción III del 380 bis 5 establece una exigencia relativa a la edad de la mujer «contratante», la cual debe estar comprendida dentro del rango de los veinticinco a los cuarenta años de edad, descartando a cualquiera que sea menor de veinticinco o mayor de cuarenta años de edad.

A lo cual la Primera Sala dijo que, sin prejuzgar sobre el estudio de fondo que pudiera plantearse en el caso, se advierte que dichos artículos establecen categorías relacionadas con las características de cada persona, cuya distinción está prohibida por el artículo 1ro. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En conclusión, para resolver este asunto, que involucra el tema del acceso a las técnicas de reproducción asistida, en particular, al de vientre subrogado, se tendrá que estudiar el contenido y alcance de los artículos 1ro. y 4to. de la Constitución General, en relación con los derechos reproductivos, a la igualdad y no discriminación en razón de la preferencia sexual, la identidad, el libre desarrollo de la personalidad y la protección de la organización y desarrollo de la familia, para contrastarlos con las disposiciones impugnadas (SCJN, 49/2017).

CONCLUSIÓN

La maternidad subrogada es un tema extenso, importante y de gran interés, por lo cual, aunque se encuentre regulado y se hayan realizado modificaciones para mejorar la aplicación de ésta, el legislador local debe seguir reforzando esa información y complementar las lagunas existentes para una mejor interpretación y aplicación de las leyes, ya que por ser Tabasco uno de los estados donde se encuentra regulada estamos más expuestos ante la sociedad.

La maternidad subrogada es un derecho que tienen las personas que buscan cumplir con el sueño de tener descendientes y fortalecer la familia, sin olvidar la parte ontológica del hombre que necesita existir y reproducirse de la mano de los valores y las buenas costumbres para la convivencia social.

Los avances en la legislación se han vistos reflejados en el presente documento con el fin de que los participantes estén protegidos legalmente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arámbula, A. (2008). «Maternidad Subrogada». Centro de Documentación, Información y Análisis de la Cámara de Diputados LX Legislatura. Recuperado de: <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf> consultado el 11 de mayo de 2018.
- Brena, I. (2012). «La gestación subrogada ¿Una nueva figura del derecho de familia?». Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3155/10.pdf> consultado el 11 de mayo de 2018.
- Código Civil del Estado de Tabasco (CCET). Periódico Oficial del Estado de Tabasco. Villahermosa, Tabasco. Abril de 1997.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Diario Oficial de la Federación. México D. F. 5 de febrero de 1917.
- Decreto 265. Se Adiciona el Capítulo VI Bis denominado “DE LA GESTACIÓN ASISTIDA Y SUBROGADA”; integrado por los artículos: 380 bis al 380 bis 7, al Título Octavo "DE LA FILIACIÓN", perteneciente al Libro Primero, del Código Civil para el Estado de Tabasco. Periódico Oficial del Estado de Tabasco. 13 de enero de 2016. http://periodicos.tabasco.gob.mx/media/periodicos/7654_sup.pdf consultado: 11 de mayo de 2018.
- Gutton, I. (2017). «Historia de la gestación subrogada: antecedentes y casos previos». Babygest. Recuperado de: <https://www.babygest.es/historia-casos-previos-gestacion-subrogada/> Consultado: 11 de mayo de 2018.
- Martínez, V. L. (2015). «Maternidad subrogada. Una mirada a su regulación en México». *Dikaion*, vol. 24, núm. 2, diciembre de 2015, pp. 353-382. Universidad de La Sabana Cundinamarca, Colombia. Recuperado de: <http://www.re-dalyc.org/pdf/720/72045844007.pdf> consultado: 11 de mayo de 2018.
- Sastré, J. (2017). «La maternidad subrogada como derecho humano y su regulación en México». *Revista UNAM*. Número 39, mayo-junio de 2017, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Recuperado de: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/11242/13217> consultado: 11 de mayo de 2018.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). Reasunción de competencia 49/2017. Ministra Norma Lucía Piña Hernández, integrante de la primera sala. Recuperado de: http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/1/2017/42/2_213397_3668.doc consultado: 13 de mayo de 2018.
- Tosca, E. (2016). La maternidad subrogada y sustituta en el marco jurídico de Tabasco». *Revista UNAM*. Número 33, mayo-junio de 2016. Ciudad de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Recuperado de: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/10480/12645> consultado: 11 de mayo de 2018.
- <https://biblia.com/bible/nvi/Ge16> consultado: 13 de mayo de 2018.