

Impacto de la subrogación materna en el ámbito penal en el sistema jurídico mexicano

Impact of maternal surrogacy in the criminal field in the Mexican legal system

Luz María Guerrero Delgado¹

Resumen: Vivimos en un mundo globalizado donde la tecnología y los avances científicos son reconocidos como derechos humanos, algunos impactan inusualmente en el ámbito penal, tal es el caso de la subrogación materna, figura moderna del derecho familiar. El fin de este trabajo es analizar dicha circunstancia, para lo cual, se examinaron sus particularidades, implicaciones sociales, la falta de configuración específica de algún tipo penal, encaminado a sancionar a los involucrados en el contrato de cuenta de ser indispensable. Para efecto de explicarlo se efectuó una investigación cualitativa con enfoque descriptivo, encontrándose un silencio a ese respecto. Finalizando con algunas ideas para realizar una sanción punible efectiva a las conductas implícitas de ser necesario, sin importar nacionalidad de los contratantes, complejidades abordadas en el presente artículo.

Palabras clave: Contrato. Derechos Humanos. Subrogación Materna. Punibilidad.

Abstract: We live in a globalized world where technology and scientific advances are recognized as human rights, some of which have an unusual impact on the criminal field, such is the case of maternal surrogacy, a modern figure of family law. The purpose of this work is to analyze this circumstance, for which its particularities, social implications, the lack of specific configuration of some type of criminal offense were examined, aimed at sanctioning those involved in the account contract if it is indispensable. In order to explain it, a qualitative investigation was carried out with a descriptive approach, finding silence in this regard. Concluding with some ideas to carry out an effective punishable sanction for the implicit conduct if necessary, regardless of the nationality of the contracting parties, complexities addressed in this article.

Keywords: Contract. Human Rights. Maternal Surrogacy. Punishability.

¹ Doctora en Derecho por el Instituto De Estudios Superiores En Derecho Penal de México. Maestra en Derecho. Jueza en Materia familiar del Estado de Nuevo León, Licenciada en Derecha Catedrática en la Facultad de Derecho y Criminología de la UANL. ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-2534-3202>. E-mail: maria.guerrero@uanl.edu.mx.

Introducción

En el artículo origen de esta indagación se centra en verificar que no existe tipificación de la conducta ilícita de los participantes del contrato de la subrogación materna como técnica de reproducción humana asistida. A virtud del impacto en la materia penal vinculada con los derechos humanos, para cumplir con tal directriz, es necesario efectuar un análisis metodológico cuantitativo con enfoque descriptivo, siendo indispensable primeramente describir qué son los derechos humanos y la maternidad subrogada, así como conceptualizar las variables del caso.

Fundamento Teórico

Es conocido no solo por la comunidad jurídica sino también por el público en general los cambios trascendentales en el derecho mexicano a raíz de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011. Estos cambios son de naturaleza estructural y afectan diversos aspectos de la vida diaria, desde las instituciones públicas y privadas hasta los retos presentados en los hogares de las familias mexicanas. La configuración de las diversas instituciones familiares y los diferentes tipos de hogares que se forman no siempre va de la mano con el dinamismo del Derecho.

Para ilustrar lo mencionado, es necesario referirse al punto central de las reformas, que es el reconocimiento de los derechos humanos, cómo se aplican y las problemáticas que surgen al transformarse. En esta línea, Pacheco (2013) lo denomina ponderación (pág. 12), es decir, la ponderación de los derechos humanos, tema principal de la reforma constitucional establecida en el artículo primero constitucional. Esta es la más significativa por sus consecuencias transversales para la seguridad jurisdiccional y no jurisdiccional de los derechos humanos y para el sistema jurídico mexicano, tal como se menciona en el ordinal primero de la carta Magna (Castilla Juárez, 2011).

La reforma mencionada tuvo una gran repercusión en el sistema jurídico mexicano, pues se modificaron once de sus disposiciones, siendo una de ellas el artículo primero, incorporando en sus párrafos iniciales el término derechos humanos. Este es un concepto complejo, ya que resulta difícil que tanto estudiosos como doctrinarios admiten un único concepto. Sin embargo, lo real es que todos coinciden en que los derechos humanos se configuran por principios que influyen en la protección de la dignidad de las personas (Aldana Ugarte, 2017).

De ahí la pluralidad conceptual de las prerrogativas mencionadas, previstas en el artículo primero del mencionado cuerpo de leyes, fijadas en el Título Primero, Capítulo Primero, intitulado: “De los derechos humanos y sus garantías”. Con las reformas apuntadas, se generó un nuevo paradigma constitucional, ampliando el alcance de los derechos mencionados y enriqueciendo de esa forma el estado de Derecho (Aldana Ugarte, 2017).

Entonces, aunque existe una diversidad de doctrinarios conceptualizando el término derechos humanos, en este artículo se verificó la definición sostenida por Mireille Rocati (1996):

“Aquellas facultades y prerrogativas inherentes a la persona humana, que le corresponden por su propia naturaleza, indispensables para asegurar su pleno desarrollo dentro de una sociedad organizada, mismas que deben ser reconocidas y respetadas por el poder público o autoridad, debiendo ser garantizadas por el orden jurídico positivo”. (Rocati, 1996).

Siguiendo la línea del privilegio de los mencionados derechos y la conceptualización apuntada, indudablemente se infiere seguridad y libertad para las personas, pues por este único hecho la constitución los ampara. En este tenor, Kant relaciona la libertad con la autonomía, proponiendo:

“La voluntad es un tipo de causalidad de los seres vivos en tanto que son racionales y la libertad sería la propiedad de esta causalidad de poder ser eficiente independientemente de causas ajenas que la determinen”. (Kant, 1999).

Dicho de otra forma, la libertad no solo es de índole moral (voluntad) del ser, sino un valor superior para la persona, incluso un espacio

político, sobre todo en relación con lo social. Así, seguridad y libertad se transforman en la columna vertebral de la protección del ser humano. En este tenor, vale resaltar lo sostenido por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: “los derechos humanos constituyen los límites a los que debe sujetarse el ejercicio del poder del Estado, en aras de lograr un desarrollo social armónico”.

Clarificado lo anterior, resulta significativo describir que los derechos humanos verificados en la Constitución son 29 y los derechos consagrados en el primer precepto son los siguientes:

“Derecho a gozar de los derechos humanos y de las garantías para su protección, que no se restrinja ni suspenda el ejercicio de los derechos humanos salvo los casos y condiciones expresamente indicados en sus numerales, a que las normas relativas a los derechos humanos se interpreten conforme a la Ley Suprema ya los tratados internacionales, favoreciendo en todo tiempo a la persona la protección más amplia, a que se promuevan, respeten y garanticen sus derechos, también a que se prevengan, investiguen, sancionen y reparen las violaciones a tales prerrogativas, a no ser sometido a la esclavitud, a la igualdad ante la ley, finalmente a la no discriminación”. (Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos, 2022, p. 23).

El dispositivo constitucional que se analiza en este trabajo es el artículo 4º, que establece, entre otros aspectos, que “toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos”. Aunque esta literalidad no actualiza el derecho a acceder a las técnicas de reproducción humana asistida, diversos precedentes jurisprudenciales permiten considerar que estas técnicas son un mecanismo para ejercer dicho derecho.

El orden constitucional también reconoce el privilegio de todos los ciudadanos mexicanos a la identidad y a ser registrados inmediatamente después de su nacimiento, así como la obligación de garantizar el principio superior de la niñez y el ejercicio pleno de los derechos de niñas y niños. Este principio requiere una visión particular respecto a los infantes nacidos mediante la técnica de reproducción asistida, ya que tiene una importancia crucial por ser

el núcleo del Derecho de familia en México, y debe ser ponderado cuando entre en conflicto con otros derechos (Sosa Pastrana, 2022).

Luego de repasar lo anterior y antes de señalar el impacto de la materia penal vinculada con los derechos humanos, particularmente la figura de la maternidad subrogada, es menester aludir a su concepto. Similar al término de los derechos humanos, existe una vasta lista de estudiosos que se han encargado de definirla. Comenzamos con la conceptualización hecha por la Organización Mundial de la Salud, en los siguientes términos:

“Método que consiste en que una mujer lleve adelante un embarazo acordando previamente, después del cual ella entregará al bebé a la o las personas que pagan la contraprestación”. (Gaceta Parlamentaria, 2016, p. 11).

De las primeras concepciones aludidas en el estudio de la maternidad subrogada, se destaca la de Coleman Phyllis (1982), abogada de Florida, Estados Unidos de Norteamérica especializada en Bioética entre otras materias, ella define a la figura que nos ocupa así:

“La maternidad subrogada es una aplicación novel de la técnica de la inseminación artificial que resulta en el nacimiento de una criatura con un nexo biológico unilateral a la pareja infértil. La gestante es una mujer fértil que conviene que, mediante contrato, se la insemine artificialmente con el semen de un hombre casado con otra mujer, gestar el niño y darla a luz o procrearla. Una vez nacido el niño, la gestante o suplente renuncia su custodia a favor del padre biológico y, además, termina todos sus derechos de filiación sobre el niño para que la esposa del hombre con cuyo semen fue inseminada la adopte”. (Coleman, 1982, p 56).

Aparte Guzmán Avalos (2005), decano de la Universidad Veracruzana e Investigador en salud reproductiva en el Instituto Nacional de Perinatología en su obra ‘La filiación en los albores del siglo XXI’, entre otros aspectos relevantes del tema que nos ocupa en éste artículo define a la maternidad multi nombrada como:

“Es el acto de reproducción que se realiza cuando el nacimiento de un hijo se presenta como consecuencia de la participación de una mujer que lleva a término el embarazo bajo las condiciones de un pacto y que se compromete a

entregar al nacido a aquellos que han solicitado sus servicios y que para tales efectos serán reconocidos como la madre, el padre o los padres y que tendrán el ejercicio de todos los derechos establecidos por el derecho de familia y patria potestad sobre el menor". (Guzmán Avalaas, 2005, p. 12).

A raíz de las reformas constitucionales en un estudio corporativo por los estudiosos Medina, González & Carrión (2019), en su análisis del tema en cuestión, en el libro nominado la Inconvencionalidad de la Maternidad Subrogada en Tabasco, la conceptúan así:

"Técnica de Reproducción Asistida en virtud del cual una mujer, un hombre, o una mujer y un hombre, o dos hombres que no pueden (por enfermedad, impedimento físico o por la propia naturaleza) o no quieren concebir, previo acuerdo entre las partes, contratan a una mujer (con o sin nexo familiar) que se compromete a fecundar y gestar y llevar adelante un embarazo, debiendo al nacimiento entregar al niño o niña fruto de ese proceso, a los contratantes, debiendo renunciar a sus derechos como madre en algunos países a título gratuito y en otros a cambio de una suma de dinero". (Perez Medina; González; Ruiz Carrión, 2019, p. 09).

Definiciones más modernas del concepto sujeto a estudio, Da Silva (2021) dice:

"La maternidad subrogada, es el proceso que hace el uso de la técnica de reproducción asistida y por medio de un contrato favorece a una mujer que llevará a término un embarazo por encargo, lo que significa que al final, el bebé debe ser encargado a terceros (padres comitentes o padres de intención). A estos efectos, renuncia a la patria potestad". (Da Silva, 2021, p. 11).

De las conceptualizaciones apuntadas se infiere que los estudiosos del tema en cuestión coinciden en señalar que la madre gestante acepta, mediante pacto, ser inseminada artificialmente con el propósito de gestar, llevar el embarazo a término y, cuando nazca el bebé, entregarlo a los padres de intención, renunciando así a la patria potestad.

Es pertinente señalar que el contrato de subrogación materna es un acto jurídico que debe otorgarse de libre voluntad, sin coacciones o violencia, perfeccionándose con el consentimiento. Al verificarse el acuerdo de voluntades entre los padres de intención y la madre gestante, se conlleva a un

desarrollo y orden social, otorgándole de este modo seguridad jurídica a los contratantes.

De lo anterior emerge que el contrato o acuerdo de voluntades lleva implícita la voluntad procreacional. Jourdan menciona que el contrato de subrogación materna “es un servicio realizado responsablemente y que posee los elementos de conocimiento, libertad y voluntad reproductiva responsable” (Jourdan Markiewicz, 2022).

Ahora, resulta oportuno mencionar qué se entiende por tipo penal para dilucidar sobre lo anotado como objetivo del presente trabajo. Para López Betancurt, es la explicación efectuada por el legislador de una conducta antijurídica estatuida en una norma jurídica. Se ha entendido al tipo penal como un mecanismo legal e indispensable de naturaleza representativa. Por otra parte, el tipo se configura con las modalidades de la conducta, como pueden ser el tiempo, lugar, referencia legal a otro ilícito, así como de los factores empleados, que al no conformarse, tampoco será factible la actualización de la tipicidad (López Betancourt, 2007).

Descrito lo anterior, es momento de detallar las particularidades de la subrogación materna, también conocida como “gestación por sustitución, maternidad sustituta, donación temporal de útero e incluso, maternidad de alquiler” (Rodríguez Ayuso, 2020). El término subrogación se refiere a una sustitución, delegación o cambio de una persona por otra, que en este caso deberá efectuarse mediante un contrato realizado por los participantes para otorgar seguridad jurídica a la libertad de procrear.

la subrogación

Actualmente, la subrogación materna como técnica de reproducción asistida forma parte de una realidad social, por lo que es fundamental que en México se tipifiquen las conductas ilícitas que puedan surgir de estos acuerdos, independientemente de si los contratantes son

nacionales o extranjeros. Esto es necesario para clarificar dichos pactos y evitar que se realicen en la clandestinidad.

Para alcanzar la gestación, se emplean técnicas de reproducción asistida que han ayudado a personas o parejas que desean tener un hijo biológico y que, por diversas razones como la infertilidad, por ser parejas del mismo sexo o por querer ejercer la maternidad o paternidad en solitario, recurren a ellas. La gestación subrogada plantea retos particularmente complejos debido a que involucra cuestiones diversas que aún no han sido resueltas desde el marco del feminismo o de los derechos humanos (Taméz Noriega, 2020).

Es importante considerar que los derechos ejercidos en los procedimientos tanto de maternidad como de gestación no se ejercen de manera aislada, sino en una conexión compleja con una gama de derechos. Junto con los derechos reproductivos, figuran entre los más importantes aquellos relativos a la privacidad, la dignidad, la autonomía, la salud y los derivados de la filiación. Los titulares de esos derechos no son solo los solicitantes y la madre gestante, sino también, en ocasiones, la madre biológica, los niños que nacerán, el grupo familiar de los solicitantes y el esposo, si la gestante está casada, así como la sociedad en general, preocupada por el impacto de estas nuevas formas de reproducción humana (Ingrid Brena, 2012).

Otra particularidad de la subrogación materna es su función, es decir, cómo se logra el embarazo. En la revista médica de reproducción asistida denominada *Org*, se disciernen dos tipos de gestación:

“Gestación subrogada tradicional o parcial: la gestante es, además, la mujer que aporta la carga genética. Generalmente se refiere a la gestación subrogada realizada a través de una inseminación artificial con semen del futuro padre aunque también podría tratarse de una FIV con óvulos de la gestante”. [...]. Gestación subrogada gestacional o completa: la gestante no cede sus óvulos para la creación del embrión que va a gestar, sino que la dotación genética proviene de la futura madre o en algunos casos de una donante de óvulos”. (Reproducción Asistida, 2019, p. 11).

Tocante a las implicaciones sociales de la maternidad subrogada el ordinal 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho de la mujer y el hombre a fundar una familia; esto da pie a la obligación de los Estados firmantes, México incluido, a salvaguardar los derechos de las personas a fundar una familia y el compromiso del Estado de garantizar los medios necesarios para que las personas puedan formar una familia.

El artículo 4o. constitucional establece que toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijas e hijos. De la misma forma, puntualiza que en todas las disposiciones, decisiones y actuaciones del Estado, se velará por el interés superior de las niñas y niños; es decir, que el Estado garantizará de manera plena sus derechos, así como que el Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de niñas y niños.

A lo largo de décadas, socialmente ha existido múltiples polémicas respecto a la gestación subrogada se ha dividido entre quienes consideran que es una práctica inherentemente deplorable y coercitiva y, por lo tanto, debe ser rechazada en todas sus formas, y quienes piensan que, si bien existen protecciones importantes a considerar para asegurar el consentimiento de las partes y evitar abusos, el respeto a los derechos humano en particular la agencia de las mujeres a decidir sobre su propio cuerpo obliga a reconocerla y aceptarla. La primera postura busca prohibirla y, en muchos casos, penalizarla. La segunda, opta por regularla; ésta es la perspectiva de Gire (Grupo de Información de Reproducción Dirigida, 2016).

Una de las principales preocupaciones que se han expresado desde posturas feministas con respecto a la gestación subrogada son las condiciones de desigualdad en las que las mujeres gestantes firman sus contratos y el efecto que esto puede tener en su capacidad de decidir participar en ellos. En efecto, los contextos económicos y sociales en los que suele llevarse a cabo este ejercicio no deben desconocerse, pero es precisamente

por ello que la regulación cobra relevancia. La prohibición de la gestación subrogada no es sólo una medida comúnmente basada en estereotipos de género y prejuicios acerca de la maternidad, la gestación y la capacidad de las mujeres para tomar decisiones, sino que además es una medida inadecuada para proteger a las partes de los abusos más comunes.

La experiencia internacional ha probado que una adecuada regulación de la gestación subrogada ayuda a proteger los derechos de todas las personas involucradas, en particular de las mujeres gestantes, que son más vulnerables a abusos en contextos desregulados. Prohibir la práctica no la hará desaparecer. En cambio, fomentaría que se ofrezca en la clandestinidad, donde el Estado no puede ofrecer protecciones a las partes, vigilar las condiciones de consentimiento de los contratos, ni asegurar que la actuación de clínicas y agencias sea acorde a la ley y a los derechos humanos (Grupo de Información de Reproducción Dirigida, 2016).

También destaca que prohibir la gestación subrogada y, en especial, imponer penas a quienes la practiquen, llevaría a empeorar las condiciones en las que se lleva a cabo. Esto favorecería la persecución que ya viven muchas mujeres gestantes y contribuiría a vulnerar aún más los derechos de las niñas y niños nacidos como resultado de estos acuerdos.

Bajo esa misma directriz es relevante referir que la prohibición multicitada figura tiene como objeto evitar que tanto la madre gestante como el nacido sean considerados para prácticas de comercio ilícitas o antiéticas que violentan los derechos humanos de la mujer y el interés superior de la infancia. Existe también otra corriente que piensan que la Subrogación materna se debe regular señalando que:

“La norma constitucional confiere a la pareja o individuos el derecho a decidir libre y responsablemente sobre la conformación de su familia, la procreación o no de hijos y en caso afirmativo su número y espaciamiento, como base fundamental de los denominados derechos sexuales y reproductivos que se consideran en dos vertientes: en el derecho a la atención a la salud reproductiva y sexual y en el derecho a la autodeterminación reproductiva y sexual, lo que coincide con la definición que se estableció en la IV

Conferencia sobre la mujer que define un derecho humano".
(Perez Contreras, 2012, p. 23).

Otros estudiosos del derecho y que se han ocupado del análisis de ventajas y desventajas de la Maternidad subrogada infieren que ésta figura tiene un fin primordial en la vida de las personas: "tener un hijo y formar la familia que tanto añoran. Muchos derechos se dejarían de vulnerar y de condicionar si se regulara la maternidad subrogada" en una ley integral que tuviera en miras, como el proyecto de una codificación, para salvaguardar los derechos de todas las partes intervinientes, sean nacionales o extranjeros.

La subrogación materna en materia penal

Ahora, los tipos penales relacionados con la subrogación de mérito serán verificados en este apartado, analizando el impacto que tienen en la subrogación materna. Considerando que cada entidad federativa reglamenta sus propios tipos penales, se tomará como referencia el ordenamiento federal, aunque no existe una reglamentación federal vigente que regule el procedimiento de la maternidad subrogada. Esto resulta en prácticas sin verificación sanitaria adecuada ni protección a los derechos humanos de las partes involucradas (Grupo de Información de Reproducción Dirigida, 2016).

Bajo este panorama, si el artículo 4 Constitucional dispone, entre otras cosas, que: "La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y desarrollo de la familia", no debería haber discusión sobre la necesidad de proteger jurídicamente a las familias y sus miembros. La familia, como organización social por excelencia, también puede ser agredida por extraños ajenos a ella. Por tanto, el derecho penal familiar debe tratarlos de forma especialmente distinta (Güitron Fuentevilla, 2017, p. 78).

Luego, es indispensable que en México se legisle sobre la figura en cuestión para proteger a la familia y sus miembros en el ámbito federal, como quedó de manifiesto, pues únicamente en cuatro localidades federativas dejó de ser un silencio en sus respectivas normatividades. Tal es el caso de

Coahuila y Querétaro, que la prohíben, mientras que los Códigos de Sinaloa y Tabasco sí contemplan tal figura. Entonces, como quedó apuntado, la subrogación materna como técnica de reproducción asistida implica el ejercicio de diversos derechos humanos, como los contemplados en la Ley fundamental y los tratados internacionales suscritos y ratificados por México, tales como: la no discriminación, la igualdad, la identidad, el libre desarrollo de la personalidad, el interés superior del menor, la filiación, el poder de formar una familia, la autonomía reproductiva y la preeminencia del progreso técnico y médico-científico. No obstante, la omisión en su regulación produce abuso y mala praxis de la técnica en cuestión, de ahí que es imperiosa la necesidad de que se regule la subrogación materna, para que quienes participan en el contrato de mérito cuenten con la reglamentación idónea y con ello la seguridad jurídica de sus derechos y obligaciones.

Por esta razón, es decir, la falta de normatividad y, consiguientemente, la ausencia de tipicidad en México de la maternidad subrogada, en este apartado se efectuará un análisis de las conductas vinculadas con tal acto y no de la figura en sí. La actualización de diversos tipos penales partiendo de la reglamentación federal es necesaria, ya que cada estado norma sus correspondientes tipos penales. Como quedó anotado, dicha legislación sólo será marco de referencia.

Algunos de ellos serían el abandono, la discriminación, el estado civil de las personas, los cometidos por responsabilidad profesional, el fraude, la violencia familiar, el aborto, la trata de personas, el tráfico de menores, entre otros. Se analizará particularmente cómo sigue:

- Delitos contra el estado civil de las personas estatuido en el artículo 277 fracciones III de la codificación enunciada, pues en caso de celebrarse el contrato de subrogación materna, los padres intencionales se nieguen registrar a su hijo concebido por la técnica analizada en éste artículo, pues aparte del delito se estaría violentando el interés superior del infante, su derecho a la identidad, al nombre, a pertenecer a una familia y filiación;
- Delito de Abandono verificado en el ordinal 337, se configuraría si los padres o padre comitentes después de

celebrado en contrato de subrogación materna renuncien a cumplir el pacto de voluntades, y si son extranjeros abandonen al menor al producirse su nacimiento sin cumplir con las necesidades más fundamentales para el infante;

- Delitos en materia de Trata, estatuido en el artículo 10 de la Ley general para prevenir y erradicar los delitos en materia de trata de personas y para la protección y asistencia a las víctimas de esos delitos, se puede formar cuando las asociaciones que intervinieron en el multicitado contrato como intercesores de la madre subrogada y los padres intencionales, tuviesen una conducta de captar, enganchar, recibir o alojar a las aludidas madres por parte de los terceros que no;
- Delito de Tráfico de menores , preceptuado en el dispositivo 366 del Código Penal Federal que prevé cuando un menor es trasladado o entregarlo a un tercero de manera ilegal fuera del territorio nacional con el fin de obtener un beneficio monetario indebido por el traslado o entrega del infante, de similar modo, esta conducta se puede dar si los padres contratantes no cumplan con el pacto de cuenta, ni con las formalidades del país para que el menor quede registrado con sus apellidos, contrario a ello se actualizaría la conducta del delito estudiado en este apartado;
- Delito de violencia familiar identificado en el artículo 343 bis de la codificación penal federal, por el hecho de no otorgarle al menor nacido de la técnica de reproducción de cuenta los recursos necesarios para su subsistencia o que los padres intencionales se desistan del citado procedimiento;
- Delitos de responsabilidad profesional estatuida en el artículo 288 de la normativa penal federal, tiene impacto con la subrogación ya que los médicos, encargados, administradores o directores encargados de los hospitales nieguen la salida de un paciente o del recién nacido, cuando se requiera, alegando adeudos porque los padres contratantes no cubran los gastos de hospitalización del menor sujeto del contrato de subrogación, por lo que no podrán detener a un menor producto de la gestación ni a la madre gestante por falta de pago;
- Delito de fraude encontrado en el ordinal 386 del cuerpo de leyes mencionado en el párrafo anterior, la conducta de engañar y aprovecharse del error en que alguien se encuentre para hacerse ilegalmente de una cosa o alcanzar un lucro indebido, se puede conformar, cuando los intermediarios puedan hacer creer a los padres de intención que buena parte de su pago se encuentra direccionado para

que la madre gestante tenga una conveniente atención, seguimiento médico, oportuna alimentación y morada idónea en condiciones inmejorables;

- Delito de discriminación localizado en el artículo 149 Ter se la citado cuerpo de leyes, se puede configurar cuando en los centros médicos públicos o privados solo se atiende a los padres contratantes, porque son los que cubren los servicios profesionales y a las madres gestantes se les ignora;
- Delito de aborto tipificado en el ordinal 330 de la reglamentación penal federal, se podría realizar si la madre gestante al darse cuenta que los padres que contrataron la subrogación no se harán cargo de del niño nacido a través de tal técnica, interrumpa el embarazo.

Por otra parte, es destacable que, en lo referente a conductas ilícitas relacionadas con el tema analizado en este trabajo, el artículo 466 de la Ley General de Salud establece: “Al que sin consentimiento de una mujer o aun con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años. La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge”.

De lo anterior se desprende que dicha ley tutela la conducta de realizar inseminación artificial forzada a una mujer menor o incapaz, pero no hace referencia a la maternidad subrogada. Por otra parte, en el Distrito Federal, su Código Penal tipificaba como delito a quien obligara a realizar la inseminación artificial, la procreación asistida y la inseminación artificial.

Derechos Humanos frente a la subrogación materna

Existe mucha relación entre derechos humanos y subrogación materna y más aún con la dignidad humana, como eje central de protección constitucional. En esta línea de idea los derechos humanos fundamentales implicados incluyen el respeto por la dignidad de la persona: Este derecho se aplica tanto a la mujer gestante como al niño nacido a través de la subrogación.

Implica el respeto y la protección de la dignidad inherente de todas las personas involucradas en el proceso. Este derecho se refiere a la protección de la integridad física y moral de la madre gestacional. Garantiza que nadie sea sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Estos derechos humanos fundamentales están consagrados en diversas normativas y tratados internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La consideración de estos derechos es esencial para garantizar que la gestación subrogada se realice de manera ética y respetuosa con las personas involucradas.

Es importante destacar que los derechos humanos son un conjunto de principios y normas que buscan proteger la dignidad y los valores inherentes de todas las personas. En el contexto de la gestación subrogada, se reconocen una serie de derechos fundamentales tanto de la mujer gestante como del niño nacido a través del acuerdo de subrogación. Los derechos mencionados previamente son fundamentales y están respaldados por una amplia gama de tratados y acuerdos internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y otras normativas.

Estos derechos proporcionan un marco ético y legal para abordar la gestación subrogada, garantizando que se realice de manera respetuosa con la dignidad, la integridad y los derechos de todas las personas involucradas. Sin embargo, la interpretación y aplicación de estos derechos pueden variar según la legislación de cada país y los contextos culturales y éticos particulares. La gestación subrogada es un tema complejo y controvertido en el que se deben equilibrar los derechos de las partes involucradas, y es necesario abordarlo con un enfoque ético y de derechos humanos.

Metodología

El artículo contiene un desarrollo básico, dado que se realiza una investigación dogmática y teórica, tiene como finalidad recopilar suficiente conocimiento e información científica sobre el impacto de la subrogación materna en el ámbito penal en el sistema jurídico mexicano.

De manera que, para asegurar la rigurosidad de la investigación naturalmente se examinan los siguientes aspectos: i) Sostenibilidad Lógica, puesto que se enfoca en establecer relaciones a través de las Categorías y Subcategorías presentes dentro del Marco Teórico. ii) Credibilidad, de manera que se hace referencia a la autenticidad de las fuentes de información utilizadas, obtenidas de revistas indexadas y artículos científicos. iii) Transferibilidad, del cual se centra con los resultados que pueden aplicarse y adaptarse al contexto o que pueden abordarse en futuras Investigaciones Científicas debido a su similitud.

Método de análisis de datos

Se utilizará el método de análisis teórico para abordar a fondo el problema planteado en la investigación. El investigador empleará su experiencia y capacidad profesional para sintetizar y sistematizar los conocimientos adquiridos y establecer la estructura del marco teórico. Este método implica el uso de procedimientos técnicos para analizar el tema en cuestión y desarrollar una síntesis clara y coherente de los conocimientos teóricos relevantes. Para el procesamiento de la información recopilada a través de las entrevistas se aplicará la guía, para la sistematización de la información cuyos resultados se presentarán en la investigación.

La presente investigación cumple con los lineamientos de aspecto ético exigidos dentro de toda investigación. El principio ético fundamental de la

investigación es la equidad y justicia, garantizar la equidad en la selección de los participantes y evitar cualquier forma de discriminación o sesgo injusto. También deben considerar la distribución justa de los beneficios y las cargas.

Conclusiones

La maternidad subrogada, a menudo también llamada "vientre de alquiler", es un acuerdo o convenio en el cual una mujer fértil, la madre gestante o subrogada, se compromete a gestar y dar a luz a un bebé para otra persona o pareja, conocida como comitente o padres intencionales. Este acuerdo puede incluir tanto una compensación económica para la madre gestante como la asunción de la paternidad legal del niño por parte de los comitentes.

La maternidad subrogada se utiliza en situaciones en las que las parejas o individuos son infértiles o no pueden gestar un hijo por razones médicas, y ven en esta práctica una oportunidad para cumplir su deseo de ser padres biológicos. Sin embargo, la maternidad subrogada es un tema altamente controvertido y regulado de manera diferente en todo el mundo.

Las preocupaciones éticas y legales en torno a la maternidad subrogada incluyen cuestiones sobre la autonomía de la mujer gestante, la explotación potencial, los derechos del niño nacido a través de este método y las implicaciones económicas y legales del acuerdo. Las leyes y regulaciones que rigen la maternidad subrogada varían significativamente en diferentes países, y algunos países prohíben esta práctica, mientras que otros la regulan de manera estricta.

La maternidad subrogada es un tema complejo que involucra una serie de consideraciones éticas, legales y emocionales, y las opiniones al respecto son variadas y debatidas en todo el mundo. La regulación y la ética en torno a la maternidad subrogada son temas en constante evolución y discusión.

Se debe proteger en todo momento que la maternidad subrogada, no tenga consecuencias negativas para las partes más vulnerables, en particular, la mujer gestante. Esto puede deberse a preocupaciones sobre explotación, desigualdades de poder y presiones económicas. Dado que un gran sector de los especialistas afirman que la maternidad subrogada no respeta la dignidad de la mujer que actúa como madre gestante. Esto se relaciona con la idea de que su papel se reduce a ser un "objeto disponible" y su cuerpo se convierte en un instrumento sin considerar su integridad y autonomía.

Es importante tener en cuenta que esta es una perspectiva crítica y que existen opiniones variadas sobre la maternidad por subrogación. Algunas personas defienden la práctica argumentando que puede ser una opción válida para aquellas parejas o individuos que no pueden concebir de otra manera y que se puede llevar a cabo de manera ética y justa, siempre y cuando se respeten los derechos y la dignidad de todas las partes involucradas. Los debates sobre la ética y la legalidad de la maternidad por subrogación continúan en todo el mundo y varían según la legislación y la cultura de cada país.

Para finalizar, la idea es motivar a la reglamentación de un marco jurídico que confeccione y represente una garantía para el ejercicio de las prerrogativas establecidas en la Ley fundamental a la hora de realizar un contrato de subrogación materna, otorgando una tutela efectiva a la hora de sancionar conductas reales, de los participantes tanto nacionales como extranjeros, sin discriminación y velando por el interés de la infancia, para efecto de que las familias mexicanas puedan acceder a la procreación asistida con la seguridad que se harán cumplir su voluntad plasmada en un pacto como lo es la subrogación materna, respetando a quien desee formar una familia.

Referencias

ALDANA UGARTE, B. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y con jurisprudencia*. Ciudad de México: Librería de Porrúa Hermanos y Compañía, 2017.

CASTILLA JUÁREZ, K. *Un nuevo panorama constitucional para el derecho internacional de los derechos humanos en México*. Sielo, 123-164. 2011.

COLEMAN, P. Surrogate motherhood: analysis of the problems and suggestions for solutions. *Tennessee Law Review*, p. 71-118. 1982.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, M. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Y Tratados Internacionales en materia de derechos humanos. México: Gallardo Ediciones, 2022.

DA SILVA, W. *Maternidad subrogada. Vulnerabilidad, derechos humanos, explotación y autonomía*. Bogotá : Editorial Aranzadi, 2021.

GACETA PARLAMENTARIA, M. Gaceta Parlamentaria, M. 12 ago. 2016. Disponible em: <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/63/2016/mar/20160315-VI.html>. Acesso em: 1 nov. 2023.

GRUPO DE INFORMACIÓN EN REPRODUCCIÓN DIRIGIDA, M. Gestación subrogada en México. 09 de dez. de 2016. Disponible em: <https://gestacion-subrogada.gire.org.mx/#/>. Acesso em: 02 ago. 2024.

GÜITRÓN FUENTEVILLA, J. *Derecho penal familiar*. Jurídicas UNAM., p. 325-409, 2017.

GUZMÁN ÁVALOS, A. *La filiación en los albores del siglo XXI*. México: Porrúa, 2005

INGRID BRENA, S. La gestación subrogada ¿Una nueva figura del derecho de familia? *Jurídicas UNAM*, p. 138-161, 2012.

JOURDAN MARKIEWICZ, E. *Dilemas legales y filosóficos de la maternidad subrogada. ¡Derecho o esclavitud uterina*. España: Editorial académica española, 2022.

KANT, I. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Barcelona, España: Ariel, 1999.

LÓPEZ BETANCOURT, E. *La teoría del delito*. México: Porrúa, 2007.

MIRELLI, R. *Los derechos humanos y la experiencia del ombudsman en México*. México: UNAM, 1996.

PÉREZ CONTRERAS, M. El debate. *Jurídicas UNAM*, p. 213-278, 2012.

PÉREZ MEDINA, L. Marisol, González; RUÍZ CARRIÓN, I. *La inconventionalidad de la Maternidad Subrogada en Tabasco*. México: Editorial académica española, 2019.

Reproducción Asistida, O. (2019, 9 de fevereiro). Reproducción Asistida ORG. Disponível em: <https://www.reproduccionasistida.org/gestacion-subrogada/>. Acesso em: 02 ago. 2024.

RODRIGUE AYUSO, J. *Gestación subrogada y reproducción asistida. Perspectiva jurídica actual*. Madrid: Editorial académica española, 2020.

SOSA PASTRANA, F. La gestión por subrogación en México. En F. S. *Pastrana, La gestión por subrogación en México*, p. 266. México: Centro de Estudios Constitucionales, 2022.

TAMÉS NORIEGA, R. *Gestación subrogada de México*. México: Centro de estudios Constitucionales. 2020.