OPINIÓN DE EL COLEGIO DE BIOÉTICA SOBRE LA GESTACIÓN SUSTITUTA Y UNA INICIATIVA INTRODUCIDA PARA SU PROHIBICIÓN[1].

Octubre 2015.

El Colegio de Bioética es una asociación sin fines de lucro donde académicas/os e investigadoras/es de las áreas de la filosofía, el derecho, la medicina y la biomedicina revisamos sistemáticamente el carácter ético de distintas situaciones que atañen a nuestro quehacer desde un punto de vista laico y mediante argumentación ético-filosófica, científica y jurídica.

El objetivo de El Colegio es de promover un espacio de reflexión en diferentes temas como: **el comienzo de la vida humana** (el estatus del embrión, anticoncepción, aborto, reproducción asistida en sus diferentes formas, inseminación artificial, fecundación in vitro, gestación sustituta), **el final de la vida humana** (muerte con dignidad, eutanasia, suicidio asistido, la limitación de métodos terapéuticos en enfermos terminales, derecho a rechazar medidas terapéuticas), **la calidad de la vida humana** (cantidad y calidad de vida, justicia distributiva, derecho a la vida, derecho a la protección de la salud, autonomía y libre elección, laicidad), **la responsabilidad con el medio ambiente** (deterioro ambiental, preservación del medio ambiente, ética demográfica, resguardo ambiental para futuras generaciones, equilibrio y conservación de la naturaleza), **la ética de la investigación biomédica** (experimentación con seres vivos, finalidades y consecuencias de la investigación, la responsabilidad ética/social/profesional de los científicos e investigadores, aplicación de los avances tecnológicos y científicos).

VISIÓN GENERAL SOBRE LA GESTACIÓN SUSTITUTA.

Las técnicas de reproducción asistida existen desde hace mucho tiempo como alternativa para personas que tienen algún problema de fertilidad y requieren de este apoyo médico (p.ej.: estimulación ovárica, fertilización in vitro e implante de embriones). Dentro de estas técnicas se encuentra la posibilidad de generar un embarazo y su producto mediante la implantación de un embrión dentro del útero de una mujer dispuesta a llevar el embarazo; esto es conocido como "subrogación de útero" o "gestación sustituta".

Todas estas técnicas han aportado posibilidades para la consecución de la reproducción en parejas e individuos con limitaciones para procrear. El artículo 4° de nuestra Constitución Política considera como un derecho fundamental de los individuos, el decidir libremente sobre el número y espaciamiento de los hijos. Derecho también contemplado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Este derecho no se limita a quienes deciden procrear de manera natural sino que se extiende a quienes requieren de las técnicas médicas establecidas para lograr una descendencia.

[1] Documento elaborado por consenso con la participación principal de: Ingrid Brena, Raymundo Canales, Héctor Mendoza, Paulina Rivero.

Son ampliamente conocidos los beneficios potenciales de estas técnicas de reproducción asistida (TRA), así como los riesgos que representan los cuales deben ser presentados a las involucradas con el objeto de que puedan tomar una decisión autónoma informada y que de manera voluntaria se sometan a los procedimientos si es que deciden hacerlo; esto constituye el sustento ético de la libertad de procreación reconocida y justifica el desarrollo de las TRA.

Como cualquier otra terapéutica médica, las TRA, además de su justificación ética, requieren de un marco legal que brinde seguridad jurídica a todas y todos los actores involucrados en su desarrollo. En nuestro país seguimos carentes de una regulación suficiente y adecuada capaz de garantizar el buen desarrollo de las técnicas, así como la protección y ponderación de los derechos de quienes participan en los procesos, tanto mujeres y hombres que desean procrear o las mujeres que participan como gestantes y los niños nacidos como resultado de las técnicas. También deben quedar protegidos los derechos del personal médico y para-médico que interviene en los procesos. Este inexplicable vacío legal deja en estado de inseguridad e indefensión a todos aquellos que participan en los procesos reproductivos y motiva a los integrantes del Colegio de Bioética a manifestarnos a través de este escrito.

INICIATIVA CON PROYECTO DE DECRETO PARA PROHIBIR LA GESTACIÓN SUSTITUTA.

En años recientes hemos sido testigos de la gran cantidad de iniciativas que han naufragado por la falta de acuerdos legislativos derivada de los compromisos de los legisladores con ciertos principios de carácter fundamentalista y sin atender y menos defender una república laica, declarada en nuestra Constitución. Una nueva iniciativa presentada ante el Congreso, pretende prohibir toda forma de gestación subrogada o subsidiaria, bajo el pretexto de impedir la explotación de la mujer que acepta voluntariamente llevar a cabo un embarazo y equipara todas las conductas con tráfico de personas.

Estamos en desacuerdo con la cómoda decisión de prohibir una práctica en lugar de la complicada, pero necesaria tarea de regularla jurídicamente. Una correcta normativa puede evitar las situaciones de riesgo o de abusos a las partes más vulnerables que pudieran generarse. Prohibir y no legislar significa una desatención por parte del Estado a su obligación de garantizar el adecuado ejercicio de uno de los derechos reproductivos garantizado por su Constitución.

Antecedentes:

En fecha 13 de Octubre de 2015 los senadores **MELY ROMERO CELIS, ROBERTO ARMANDO ALBORES GLEASON, IVONNE LILIANA ÁLVAREZ GARCÍA, ANGÉLICA DEL ROSARIO ARAUJO LARA, JESÚS CASILLAS ROMERO, MANUEL HUMBERTO COTA JÍMENEZ, MARGARITA FLORES SÁNCHEZ, LISBETH HERNÁNDEZ LECONA, AARÓN IRÍZAR LÓPEZ, HUMBERTO DOMINGO MAYANS CANABAL, EVIEL PÉREZ MAGAÑA, MA. DEL ROCÍO PINEDA GOCHI Y ALEJANDRO TELLO CRISTERA,** todos Senadores de la República por la LXIII Legislatura del Congreso de la Unión e integrantes

del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional presentaron una **INICIATIVA CON PROYECTO DE DECRETO QUE ADICIONA EL ARTÍCULO 319 BIS, REFORMA LA FRACCIÓN VII Y ADICIONA LAS FRACCIONES VIII Y IX AL ARTÍCULO 462 A LA LEY GENERAL DE SALUD,** en materia de prohibición de gestación por sustitución.

Análisis de la propuesta y su exposición de motivos.

Primero.

En principio esta propuesta legislativa confunde la Gestación por Imposición con la Maternidad Subrogada o Gestación Substituta y para ello incluso se vale de una argumentación falaz. Efectivamente, apenas en

El segundo párrafo de la exposición de motivos de la iniciativa se afirma que: "*La Explotación de Mujeres con Fines Reproductivos (EMFR), supone un severo retroceso en materia de Derechos Humanos y Equidad de Género pues, tal como señala un informe presentado ante el Parlamento Europeo, la maternidad subrogada constituye una objetivación tanto de los cuerpos de las mujeres como de los niños y representa una amenaza a la integridad corporal y a los derechos humanos de las mujeres*"

Este párrafo se vale de una argumentación falaz que dice estar basada en un informe presentado ante el Parlamento Europeo. Sin embargo, el supuesto informe no es tal, si no que se trata de un documento derivado de un debate hacia el interior del propio Parlamento Europeo sobre los Derechos Sexuales y Reproductivos de las Mujeres;[2] debate que por cierto no se encuentra concluido por no haber sido aceptada la propuesta al no lograrse la mayoría necesaria.[3,4,5]

Segundo.

Por otra parte en el párrafo cuarto de la iniciativa se equipara la maternidad subrogada con la trata de personas y para ello cita un estudio de la Organización Internacional para las Migraciones, Misión México, denominado "La trata de personas en México".

---

[2] Véase en el sitio oficial del Parlamento Europeo: (http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=fr&reference=2013/2040(INI)

[3] Véase: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0306+0+DOC+XML+V0//ES

[4] De hecho en relación a dicho debate sobre los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, existe una propuesta de resolución alternativa, en la que por cierto nada se dice respecto de la maternidad subrogada. Véase: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+AMD+A7-2013-0306+001-001+DOC+PDF+V0//ES

[5] Véase: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=PV&reference=20131022&secondRef=ITEM-008-03&language=ES&ring=A7-2013-0306

Cabe señalar que este documento ("La trata de personas en México") alude a su vez al Protocolo de Palermo, en el que en una de las modalidades de la trata de personas se menciona el alquiler de vientres,[6] que no así a la maternidad subrogada. Es decir, la condena en todo caso en el documento "La trata de personas en México" va encaminada al alquiler de vientres, muy particularmente cuando éste se efectúa en contra de la voluntad de las mujeres.

En el mismo documento denominado "La trata de personas en México" se cita también a la Guía de Intervención Psicosocial para la asistencia directa con Personas Víctimas de Trata de 2007, en donde se alude también a los vientres de alquiler como una forma de explotación pero de nueva cuenta nada se dice sobre la maternidad subrogada. Es decir, el énfasis en ambos documentos se centra en el "alquiler" de vientres y muy particularmente en el "alquiler" forzado o en contra de la voluntad verdadera y expresa de las mujeres.

En este orden de ideas, la principal deficiencia de esta iniciativa es que equipara a la gestación subrogada como trata de personas, cuando es a la inversa. Efectivamente, la gestación subrogada no implica en sí misma la trata de personas, sino que la trata de personas puede implicar en alguna de sus modalidades el alquiler de vientres, lo que puede ser cuestionable siempre y cuando esto suceda en contra de la voluntad de las mujeres.

Insistimos en que de hecho, ninguno de los documentos citados, cuestiona en sí mismo la gestación subrogada sino el alquiler de vientres, particularmente cuando dicho "alquiler de vientre" implica que una mujer sea obligada a gestar, siendo esto –la imposición de la gestación- lo que se considera una de las formas de explotación.

Usando un paralelismo podríamos decir que, al igual que en el caso de la explotación sexual, el problema no es sí mismo si las personas tienes relaciones sexuales, sino que dichas relaciones no sean consentidas o sean impuestas a un individuo.

Tercero.

En el mismo párrafo cuarto se afirma *que "Esta situación se presenta sobre todo en países en los que existe una gran brecha de desigualdad y pobreza que facilita los contratos entre mujeres dispuestas a rentar su cuerpo y personas dispuestas a utilizarlo, ocurre en la India o Ucrania, o bien en aquellos países en los que… "* para apoyar tal afirmación se basan en una nota periodística de la BBC[7] sin embargo en dicha nota periodística, contrario a lo que se pretende justificar en la iniciativa, si bien se habla de la desigualdad y la pobreza también se menciona que:

---

[6] Véase la página 26 del documento denominado "La trata de personas en México" Primera edición, 2011, localizable en:
http://www.inacipe.gob.mx/stories/publicaciones/temas_selectos/Trata.pdf
http://publications.iom.int/bookstore/free/La_Trata_de_personas.pdf

[7] Véase:
http://www.bbc.com/mundo/noticias/2011/01/110125_maternidad_subrogada_men

"De manera que ¿se debe negar o complicar aún más este proceso? ¿O se debe permitir pagar por ésta, que para muchas mujeres es la única opción de tener un hijo?

Según Louisa Ghevaert "el altruismo y la comercialización pueden coexistir. Hemos visto casos exitosos en India, Ucrania y Estados Unidos en los cuales las madres gestantes participan en el proceso con un alto nivel de altruismo y muy conscientes de lo que están haciendo".

"Es decir, están conscientes del increíble 'regalo de vida' que están haciendo a una pareja cuyas vidas se ven arruinadas por su incapacidad de tener un hijo".

Así pues, los redactores de la iniciativa se contradicen pues queriendo justificar una argumentación contraria a la maternidad subrogada, utilizan una fuente que exalta precisamente, este tipo de procedimientos.

Cuarto.

De igual manera en el referido párrafo cuarto de la iniciativa, se alude a "... aquellos países en los que el Crimen Organizado venía operando con amplios márgenes de impunidad, como los terribles casos registrados en Tailandia y Nigeria."

Al respecto cabe señalar que en el caso de Tailandia la prohibición de la maternidad subrogada no se debió ni al tráfico de personas ni al crimen organizado. El elemento detonante para dicha prohibición, fue que una pareja australiana que recurrió a la subrogación de vientre y contrató a una mujer tailandesa (quién gestó gemelos), se negó a recibir a uno de los gemelos así concebidos por presentar síndrome Down[8].

En el caso de Nigeria[9] es cierto que se han desmantelado bandas que tenían secuestradas a mujeres embarazadas para traficar con esos niños al nacer, lo que efectivamente es un grave delito que en cualquier parte del mundo debe estar prohibido. Sin embargo, el simple hecho de prohibir la maternidad subrogada, no garantiza que ese tipo de acontecimientos dejen de suceder. Insistimos en que la maternidad subrogada no es (incluso en los países en que ha sido prohibida) un delito en sí misma. La acción punible del Estado debe estar encaminada para sancionar a aquellos que, violando los más elementales derechos humanos de las personas, obliguen a mujeres a facilitar su vientre, ya sea para entregar el producto a terceros, o bien con fines de tráfico, ya sea de personas e inclusive de órganos.

El delito, como hemos venido insistiendo, radica en todo caso, en la imposición de la gestación a una mujer y no en la gestación por sustitución.

---

[8] Véase: http://colegiodebioetica.org.mx/wp/2014/09/08/una-pareja-australiana-abandona-beb-con-sndrome-de-down-de-madre-subrogada/

[9] http://www.abc.es/sociedad/20150527/abci-vientres-alquiler-maternidad-subrogada-201505261037.html

El párrafo cinco inicia con una afirmación sin sustento, al establecer que la Explotación de Mujeres con Fines Reproductivos, es también llamada gestación subrogada, lo que no se justifica en ningún momento, ya que en ninguno de los documentos citados en dicha iniciativa se equipara a la Explotación de Mujeres con Fines Reproductivos con la maternidad subrogada.

Lo que sí dicen esos documentos es que, el alquiler de vientre (que es la expresión utilizada en los mismos) forzado o en contra de la voluntad de la mujer se puede equiparar a la trata de personas, pero no a la inversa, es decir que la maternidad subrogada deba considerada en sí misma y per se, como trata de personas.

De igual manera en el mismo párrafo cinco de la iniciativa se afirma que: "escudándose en una caprichosa interpretación del artículo 4 de la Constitución, florece una industria millonaria dedicada a rentar mujeres como pie de cría y a traficar bebés tanto dentro como fuera de las fronteras nacionales". Afirmaciones que tienen una evidente carga moral, ya que no se dan datos concretos en ningún momento.

En el párrafo doce, aludiendo a la reforma constitucional de junio de 2011 relativa a los derechos humanos, nuestros legisladores ignoran que precisamente es la autonomía decisional uno de los principales derechos fundamentales de las personas, derecho que, efectivamente se encuentra consagrado en nuestra constitución.

En este contexto, hemos de insistir en el hecho de que en todo caso, lo sancionable no es la maternidad subrogada sino, como ya lo hemos repetido en diferentes ocasiones, la imposición de la gestación. Situación que cabe decir, ya se contempla (aunque de manera insuficiente) en nuestra Ley General de Salud, ya que el artículo 466 de la misma, contempla como delito especial la inseminación artificial no consentida.

> *Artículo 466 de la Ley General de Salud.- 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.*

Como se puede apreciar en este tipo de situaciones el elemento delictivo es precisamente la falta de consentimiento, elemento que en caso de una gestación forzada igualmente debería ser sancionado ya que uno de los principales derechos fundamentales es el respeto a la autonomía decisional de los individuos, así si alguien consiente en facilitar su vientre, (comercial o altruistamente) no puede existir un delito, y por el contrario si a alguien es obligada a gestar, este hecho debe ser sancionado, incluso severamente ya que en todo caso, podría considerarse como un delito equiparable a la violación.

Quinto.

El párrafo trece inicia con la siguiente frase: "*Así pues, por mayoría de razón podemos afirmar que, si las partes del cuerpo humano no pueden ser comerciadas lícitamente dentro del territorio nacional, mucho menos podrán serlo seres humanos completos*".

Al respecto cabe decir que en el caso de la maternidad subrogada no se comercia con una parte del cuerpo, ya que en todo caso esto implicaría (en los términos de la Ley General de Salud el hecho de vender el útero), lo que está en juego en la gestación subrogada, es la posibilidad de utilizar un órgano (el útero) de otra persona, lo que no puede tener nada de ilegal. Al respecto baste señalar que en cualquier contrato de prestación de servicios profesionales, lo que se "alquila", por regla general, es precisamente la función de un órgano, por ejemplo el cerebro.

Sexto.

En el párrafo catorce de la iniciativa se puede leer que: "*... no puede afirmarse de ninguna manera que dicho precepto constitucional* [refiriéndose al 4º.] *confiere un derecho irrestricto a tener hijos ni, mucho menos, lo hace exigible al Estado*".

En este sentido nuestros legisladores dolosamente se equivocan, ya que en realidad, y contrario a lo que dice la iniciativa, la Constitución sí nos otorga un derecho irrestricto a tener hijos, ya que la única limitante impuesta en nuestra constitución es que se haga de manera libre e informada.

En cuanto a la exigibilidad al estado, los argumentos que presentan son nulos y en todo caso, precisamente basados en el artículo 4º. Constitucional, dicha exigibilidad debería de ser posible, si no de manera general sí casos particulares como en la hipótesis de infertilidad, ya que en este supuesto estaríamos hablando de un derecho a la paternidad/maternidad como consecuencia derivada de un derecho a la salud y de la posibilidad de hacer valer nuestros derechos sexuales y reproductivos, ciertamente consagrados por nuestra Carta Magna.

En la iniciativa que se analiza, se afirma también que la gestación subrogada implica un comercio de seres humanos, lo que es falso ya que al facilitar el vientre una mujer, no se comercia con seres humanos, particularmente si la mujer que lo hace, concibe a un hijo con el que no tiene vinculación genética.

Insistimos que en todo caso, el comercio se limita y restringe al uso de un órgano [el útero] lo que en ninguna parte de nuestro sistema jurídico se encuentra expresamente prohibido.

Séptimo.

En el párrafo dieciséis de la iniciativa se afirma que: "*La prohibición del comercio con seres humanos mediante la EMFR es una tema que, en países que se lo han planteado con seriedad, ha logrado importantes consensos entre las diversas fuerzas e ideologías políticas*".

En realidad esto es falso, ya que ni en España ni en Francia hay un consenso respecto de este tema, de hecho en España existe actualmente, una fuerte presión social para que se

permita la subrogación de vientres y en países como Reino Unido, Holanda, Bélgica, o Rusia son permitidos este tipo de procedimientos.[10]

Después del párrafo dieciocho, se presenta una tabla con la que se pretende justificar una supuesta tendencia hacia la prohibición de la maternidad subrogada en el mundo, tabla que en realidad sirve para fundamentar exactamente lo contrario, ya que de los diversos países que se mencionan en la misma, solo Alemania, España y Francia (además de una de las provincias de Canadá, Quebec) son los que tienen una prohibición expresa en contra de la maternidad subrogada. El resto de los países citados en dicha tabla, lo que prohíben no es la maternidad subrogada, sino la comercialización de la misma.

Octavo.

En varios párrafos se menciona una tesis de la Suprema Corte sobre el carácter de la "dignidad humana" sin explicar cómo es que esta se pudiera ver afectada por el tema de la gestación sustituta. La forma de concebir la "dignidad humana" varía de una sociedad a otra y de una época a otra, como lo muestra a todas luces la historia. Pero también puede variar de un individuo a otro y nadie tiene el derecho de imponer su concepto de dignidad a otro individuo y mucho menos a una sociedad. Mientras una concepción de la dignidad no obstruya la vida de la sociedad en su conjunto, cada individuo tiene el derecho de vivir de acuerdo a su propia idea de lo que es y lo que no es digno para sí mismo.

Noveno.

El objeto de la propuesta de iniciativa es que se modifique el artículo 319 de la Ley General de Salud el cual trata sobre la ilegalidad de disponer de órganos, tejidos, células y cadáveres cuando no esté autorizado por la Ley; este artículo se encuentra inscrito en el Titulo Décimocuarto sobre Donación, Trasplantes y Pérdida de la Vida. Pensamos que esto es un despropósito grave ya que la gestación sustituta no tiene ninguna relación con los traspantes de órganos ni con la donación y mucho menos con la pérdida de la vida. Inscribirlo dentro del articulado sobre trasplante de órganos genera confusión en la sociedad y esto impacta negativamente en la realización de programas de trasplante necesarios para la población (y los cuales hasta ahora son notoriamente insuficientes). La gestación sustituta es un procedimiento de atención médica que debe quedar regulado en el Título Tercero sobre la Prestación de Servicios de Salud.

Finalmanete, en el párrafo veinte, sin lógica argumentativa, el documento de propuesta de iniciativa concluye que, por lo expuesto, es necesario prohibir la gestación por substitución. Decimos que no existe una lógica argumentativa dado que, aun basándonos en los mismos documentos citados en la iniciativa, la conclusión es exactamente la contraria.

[10] Véase al respecto: http://www.abc.es/sociedad/20150527/abci-vientres-alquiler-maternidad-subrogada-201505261037.html

Por todo lo antes dicho, y dados los pobres argumentos en que se apoya la iniciativa que se comenta, atentamente solicitamos:

UNICO: Que la iniciativa presentada el 13 de Octubre de 2015 por los senadores MELY ROMERO CELIS, ROBERTO ARMANDO ALBORES GLEASON, IVONNE LILIANA ÁLVAREZ GARCÍA, ANGÉLICA DEL ROSARIO ARAUJO LARA, JESÚS CASILLAS ROMERO, MANUEL HUMBERTO COTA JÍMENEZ, MARGARITA FLORES SÁNCHEZ, LISBETH HERNÁNDEZ LECONA, AARÓN IRÍZAR LÓPEZ, HUMBERTO DOMINGO MAYANS CANABAL, EVIEL PÉREZ MAGAÑA, MA. DEL ROCÍO PINEDA GOCHI Y ALEJANDRO TELLO CRISTERA, sea desechada por improcedente.

EL COLEGIO DE BIOÉTICA, A.C.

Patricio Javier Santillan Doherty
Presidente.

María Asunción Álvarez del Río
Vicepresidenta.

María de Jesús Medina Arellano
Secretaria Académica.

Héctor Augusto Mendoza Cardenas
Secretario Ejecutivo.