

IMPACTOS PENALES DE LA GESTACIÓN SUBROGADA Y GESTACIÓN SUSTITUTA EN MÉXICO

Luz Berthila BURGUEÑO DUARTE*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Derechos reproductivos, más allá de la ficción*. III. *Fragilidad del contrato civil*. IV. *Aspectos penales en torno a la gestación subrogada y sustituta: aborto, ayuda al suicidio, homicidio en razón de parentesco, responsabilidad penal colectiva*. V. *¿Es la comercialización de personas el fin del derecho humano a la reproducción?* VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La evolución humana y sobre todo tecnológica han abierto la pauta a nuevas formas de comportamiento, incluso nuevas formas de crear seres humanos. El tema de análisis en las siguientes páginas será el impacto que conlleva a ciertos tipos penales el comprender nuevos esquemas normativos, así como la cultura consumista¹ que

* Doctora en derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Maestra en ciencias penales con especialización en Ciencia Jurídico Penal por el Instituto Nacional de Ciencias Penales. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1653-8695>.

¹ Bauman, Zygmunt *et al.*, *Ceguera moral. La pérdida de la sensibilidad en la modernidad líquida*, México, Paidós, 2015. La cultura consumista concibe la totalidad del mundo —con sus ingredientes animados e inanimados, humanos y animales— como un enorme contenedor repleto de objetos potencialmente consumibles. Así, justifica y difunde la percepción, el juicio y la evaluación de cada entidad cotidiana en función de los estándares impuestos por las prácticas de los mercados de consumo... En pocas palabras, lo primero y lo último que importa son los deseos de los consumidores, pp. 183 y 184.

impera en la gestación subrogada y sustituta. Cuestionando si los fines alcanzados mediante estas formas de gestación están considerados como derechos reproductivos.

Entender este derecho a la reproducción de una mujer que renta su vientre sin estar interesada en incluir a la nueva persona a su núcleo familiar, pero sí, la mayoría de las veces, en el lucro que esto le genere, a la par del interés lucrativo de la industria médica y legal que rodea el tema nos lleva a cuestionar la violencia colateral e institucional del tema hacia los cuerpos femeninos bajo un esquema de utilitarismo que cede ante las fuerzas económicas y de consumos que imperan en el desequilibrio económico del mercado; incluso en el mercado de personas, *so pena* de estar socavando el derecho humano de la dignidad de estas víctimas colaterales, y cuestionando los derechos de los contratantes como entes de poder dominante en la medida que cuentan con el recurso económico que les permite valerse de otros cuerpos para alcanzar sus fines individuales.

Dejando de lado los derechos de los y las niñas producto de estas gestaciones, como son el derecho a la filiación, identidad, dignidad y nacionalidad, con el riesgo de que puedan ser víctimas de conductas delictivas y caprichosas de selección por encargo.

II. DERECHOS REPRODUCTIVOS, MÁS ALLÁ DE LA FICCIÓN

Entre las lecturas que ocuparon mi mente adolescente recuerdo de manera especial dos libros, el primero, *El mundo de Sofía*, de Jostein Gaarder, una novela sobre la historia de la filosofía centrada en la reflexión de dos preguntas: ¿quién eres? y ¿de dónde viene el mundo? Reflexiones enfocadas en comprender nuestra propia existencia, nuestra humanidad y el espacio o eslabón que aportamos en la conformación del mundo, un mundo que sólo puede ser comprendido a partir de una misma.

El segundo libro fue *Un mundo feliz*, de Aldous Huxley, en el que de manera un tanto fantasiosa y poco probable de imagi-

narse en un mundo real, lleva a nuestras mentes a imaginar el utópico pero deshumanizado y perverso *mundo feliz* que hoy se representa como real, en donde sucumbe la libertad ante el consumismo, pues “en ocasiones se estimará como una de las restricciones definitorias de la libertad a la incapacidad de aprovecharse de los propios derechos u oportunidades como resultado de la pobreza y la ignorancia y, en general, de la carencia de medios”.²

Ello incluso en menoscabo de la esencia de la humanidad, en donde se construye el mundo deseado con base en los cánones identificados como ideales, generando así diversos tipos o niveles de personas, quienes compiten en desigualdad de capacidades y condiciones por una misma lucha: la búsqueda de la felicidad.

Después de varios años del abordaje de dichas lecturas los análisis siguen centrándose en preguntas básicas, ¿quiénes somos? y ¿de dónde viene el mundo?, agregando otras tantas como ¿cuáles son los alcances de la procreación de la especie humana?, respuestas que en el presente análisis se abordan a la luz del derecho humano a la reproducción y la correlativa justicia reproductiva, centrado, normativamente hablando, en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Constitución) por cuanto que “toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos”.

Análisis que se hace en el contexto de la *modernidad líquida* a que alude Zygmunt Bauman, quien refleja la actual sociedad del riesgo sometida a un constante movimiento respecto del cual todo —la persona misma— se diluye, se difumina, se confronta a un mundo inestable, se torna volátil. Modernidad líquida que conlleva una pérdida de sensibilidad, una *ceguera moral* derivada de la “adiáfora”, entendida como el acto de situar ciertos actos o cate-

² Rawls, John, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 195.

gorías de los seres humanos fuera del universo de evaluaciones y obligaciones morales.³

En este escenario, tanto real como complejo, la evolución tecnológica y científica hace más de 30 años abrió la caja de pandora con la reproducción humana asistida, entendida como el conjunto de prácticas clínicas y biológicas para la creación de un nuevo ser humano, en donde surge a su vez la necesidad de profundizar en temas de bioderecho (ya que los alcances normativos tenían ante sí un nuevo reto). En este proceso de evolución tecnológica, científica y social se llega al alquiler de útero, cuando la mujer gestante recibe un embrión para llevar a cabo sólo la gestación sin aportar material genético alguno, llamada *gestación sustituta*.

Existiendo otras formas de gestación por encargo: cuando la misma mujer gestante entrega su óvulo y lleva a cabo la gestación, “no sólo alquila su útero sino que además aporta su carga genética. En este caso, la mujer es la madre biológica y gestante del niño, que asume el compromiso de entregar su propio hijo a quienes se lo pidieron por encargo”,⁴ llamada *gestación subrogada*. Y otra posibilidad es que “una mujer aporte el óvulo, otra geste el embrión y que una tercera, que encargó el proceso, se quede con el niño. Así, la maternidad quedará fragmentada y nadie podrá considerarse como la única madre”.⁵

Formas de gestación que para un sector es una técnica de reproducción humana asistida, para otra importante corriente del pensamiento “la maternidad subrogada no debe considerarse como una técnica reproductiva más y debe, por consiguiente, recurrirse a ella únicamente en supuestos excepcionales, es decir, cuando esté médicamente indicada o en presencia de esterilidad estructural (parejas homosexuales masculinas u hombres

³ Bauman, Zygmunt, *Ceguera moral*, cit., contraportada. Agregando el autor que la diáfora “implica una actitud de indiferencia hacia lo que acontece en el mundo; un entumecimiento moral”.

⁴ Brena, Ingrid, “La maternidad subrogada ¿es suficiente la legislación civil vigente para regularla?”, *Revista de Derecho Privado*, México, núm. 1, enero-junio de 2012, p. 3.

⁵ *Idem*.

sin pareja)”,⁶ y una tercer postura es aquella que apuesta a la gestación altruista a cargo de la mujer que accede a gestar sustitivamente.

Frente a estas formas de gestación, en donde la mujer gestante no es quien ejerce su derecho a ser madre, cabe preguntarnos si realmente estamos en el terreno de derechos reproductivos ya que en el caso de la gestación subrogada aun cuando hay vínculo genético de la mujer gestante ésta no está ejerciendo su derecho humano a la reproducción ya que no está gestando a sus propios hijos, sino a seres humanos respecto de los cuales extenderá la adopción plena.

Consecuentemente no se estaría hablando de derechos reproductivos de la gestante sustituta ya que ésta, al tratarse de un cigoto implantado con carga genética de terceros, carece de vínculo genético alguno con el producto, en donde se está aportando un vientre arrendado sin voluntad final de ejercer el derecho consagrado en el artículo 4o. de la Constitución. Lo que nos lleva a un tercer escenario, el derecho reproductivo de la madre contratante, lo que sale de toda lógica ya que no estará ejerciendo su capacidad reproductiva, principalmente cuando no aportó material genético.

Realidades complejas y preocupantes cuando nos cuestionamos: “si una mujer se compromete a entregar a su hijo biológico en virtud de un negocio jurídico de maternidad por sustitución, pero además ese producto lleva su información genética ya que también es productora del óvulo fecundado, su acto no es cosa distinta a la «trata de un ser humano»”,⁷ toda vez que dicha conducta no dista mucho de la venta de personas reprochada como trata de personas, siendo uno de los delitos más graves que contempla la ley penal. Lo que se evidencia al ser uno de los tipos pe-

⁶ Romeo Casabona, Carlos María, “Las múltiples caras de la maternidad subrogada: ¿aceptamos el caos jurídico actual o buscamos una solución?”, *Dilemata*, España, núm. 28, 2018, p.114.

⁷ Alarcón, Fernando, citado por Brena, Ingrid, *op. cit.*, p. 5.

nales consagrados en el artículo 19 de nuestra Constitución, con el merecimiento de prisión preventiva oficiosa dada su gravedad.

Realidades que llegan a la indignación cuando enfrentamos la frialdad humana con eventos como el ocurrido en 2014 con el bebé Gammy, quien naciera producto de vientre subrogado, siendo rechazado por los padres contratantes al tratarse de un niño con Síndrome de Down y quedara bajo la maternidad de la madre gestante. Lo que detonó la gravedad que implica avanzar en el plano tecnológico sin regulación adecuada en el tema.

III. FRAGILIDAD DEL CONTRATO CIVIL

La práctica de la gestación subrogada no es nueva, tampoco los análisis críticos que surgen desde el feminismo, como las reflexiones de Carole Pateman en su libro *El contrato sexual*, en donde desde 1988 consideró a la maternidad subrogada como una nueva forma de subordinación patriarcal, sosteniendo que “el examen de los contratos acerca de la propiedad en la persona en los que la mujer debe ser parte —el contrato de matrimonio, el de prostitución, el de subrogación— muestra que el cuerpo de la mujer es precisamente lo que está en juego en el contrato”.⁸

Analizando las coincidencias del uso de los cuerpos femeninos en lo que llama contratos invasivos, sea en el ámbito del trabajo doméstico no reconocido (matrimonio), el uso del cuerpo femenino para satisfacción sexual del varón (prostitución) y el uso del cuerpo femenino como instrumento de gestación y reproducción humana (vientre subrogado y vientre sustituto), se identifican formas de institucionalizar e invisibilizar el plano al que se ha relegado a miles de mujeres en sociedades basadas en un pacto patriarcal.

A nivel internacional, ya desde 2011, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado señalaba que la gesta-

⁸ Pateman, Carole, *El contrato sexual*, México, Anthropos y Universidad Autónoma Metropolitana Iztapalapa, 1995, p. 306.

ción por sustitución transfronteriza constituía un comercio mundial en pleno auge,⁹ siendo a la fecha un tema altamente complejo ya que “las normas de derecho interno de algunos países expresamente rechazan o prohíben estas prácticas, las de otros no regulan específicamente esta materia”.¹⁰ Lo que evidencia las inequidades y vulnerabilidades del tema en países como India, Tailandia, Ucrania e incluso México, en donde “la llamada gestación subrogada se ha implementado como explotación reproductiva organizada por las agencias y clínicas beneficiarias”.¹¹

Realidades que evidencian

...la negativa a su legislación por parte de muchos países del mundo no ha impedido que se practique de forma clandestina, a la vista y paciencia de la comunidad que prefiere ignorar, con efectos traumáticos para la identidad del menor que muchas veces termina envuelto en medio de conflictos irreconciliables por la maternidad o paternidad de sus progenitores. En tal sentido, es necesario zanjar el tema y establecer reglas claras para regular su práctica en situaciones excepcionales.¹²

Debiendo evitar a toda costa que

...la regulación de la gestación subrogada y sus variaciones vaya en la dirección de afianzar la injusticia global con una política de hechos consumados en diversos países y prestar un impulso a una mercantilización creciente de los cuerpos de las mujeres a escala

⁹ González Martín, Nuria, “Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. 16, 2016, p. 166.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ Guerra-Palmero, María José, “Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global *versus* bioética neoliberal”, *Gaceta Sanitaria*, Barcelona, vol. 31, núm. 6, noviembre-diciembre de 2017, p. 538.

¹² Medina Gamero, Aldo Rafael y otros, “La maternidad subrogada: ¿una controversia ética?”, *Atención Primaria Práctica*, vol. 3, Elsevier, 2021.

transnacional, que se traduce en realidades análogas a la trata de personas y al tráfico de bebés.¹³

Por lo que urge poner el centro del análisis en los derechos de las niñas y niños producto de estas gestaciones, máxime cuando intervienen dos o más estados en donde los problemas de filiación y nacionalidad inciden en sus derechos a la identidad.¹⁴ Lo que resalta la necesidad de contar con un instrumento internacional que regule estos acuerdos transfronterizos.

No obstante los más de 30 años de análisis y evolución en el tema, en México carecemos de una normatividad que a nivel nacional regule la gestación subrogada y la gestación sustituta, contando a la fecha sólo con normatividad en materia civil; por un lado el Código Civil de Tabasco (CCT) que contempla la gestación subrogada y la gestación sustituta, con sus primeras propuestas desde 1997, materializándose en la norma vigente en 2016; y por otro el Código Familiar de Sinaloa (CFS) que nace en 2013 a fin de acoger el tema que venía transitando en su Código Civil, el cual establece cuatro formas de “maternidad por sustitución”,¹⁵ integrándola en los temas referentes al reco-

¹³ Guerra-Palmero, María José, *op. cit.*, p. 538.

¹⁴ El artículo 8o. de la Convención sobre los Derechos del Niño, UNICEF establece: “1. Los Estados parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados parte deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”, lo que evidencia el alcance de derecho humano de la identidad en salvaguarda de la integridad y dignidad de la niñez.

¹⁵ Artículo 284 CFS. La maternidad de sustitución, admite las siguientes modalidades: I. Subrogación total, implica que la mujer gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos, y que después de la gestación y el parto, entregue el hijo a la pareja o persona contratante; II. Subrogación parcial, es la que se da, cuando la gestadora es contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado *in vitro* que le ha sido trasplantado, pero que proviene de la unión de espermatozoide y óvulo de la pareja o persona contra-

nocimiento de hijos nacidos fuera del matrimonio y la adopción. Ambas normatividades en el contexto de la celebración de un contrato de gestación¹⁶ en donde el objeto del contrato es el nuevo ser humano.

Normatividades si bien, atento al principio de territorialidad sólo aplican en Tabasco y Sinaloa, respectivamente, cualquier persona que cumpla los requisitos que estos códigos establecen podrá celebrar dicho contrato, siempre que lo hagan en estos territorios.

Siendo un tema central para el caso de gestación subrogada la adopción plena,¹⁷ como la forma de legitimar la paternidad de los padres contratantes, toda vez que la mujer gestante es madre biológica del nuevo ser humano y tiene tal estatus jurídico hasta que transfiera sus derechos parentales a través de dicha adopción. A pesar de que la esencia de la institución de la adopción se instaure para “remediar una situación de hecho ya ocurrida, un niño abandonado o cuyos padres no quieren o no pueden hacerse cargo de él; en cambio, en la maternidad subrogada, el

tante; III. Subrogación onerosa, es la que se da cuando una mujer acepta embarazarse en lugar de otra, tal y como si se tratase de un servicio, por el cual se paga una cantidad cierta y determinada, además de los gastos de la gestación; y, IV. Subrogación altruista, es la que se da cuando una mujer acepta gestar por cuenta de otra de manera gratuita.

¹⁶ Artículo 380 bis 2 CCT. La gestación por contrato admite las siguientes modalidades: I. Subrogada: implica que la gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos y que, después del parto, entregue el recién nacido a la madre contratante mediante adopción plena; y II. Sustituta: implica que la gestante sea contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión obtenido por la fecundación de gametos de la pareja o persona contratante. Mientras que el artículo 290 CFS lo refiere como “Instrumento para la maternidad subrogada”.

¹⁷ Tesis 1a. XIX/2022 (11a), Primera Sala Undécima Civil, lib. 14, t. V, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, junio de 2022, p. 4656S, sosteniendo la SCJN que “la legislación dispone que sólo cuando la gestante se encuentre genéticamente vinculada con el producto de la fecundación se torna pertinente la figura de adopción plena, pues sólo en tal escenario se hace necesario el desplazamiento de los derechos de filiación de la gestante a favor de la madre intencional, de conformidad con lo acordado en el respectivo contrato”.

nacimiento de un menor es una situación creada *ex profeso*, para satisfacer los derechos reproductivos”¹⁸ de terceros.

Lo que nos lleva a reflexionar en la delgada línea que existe entre la gestación subrogada y el delito de trata de personas, la venta del niño o niña producto de esa contratación, lo que evidentemente sería una conducta penada, a la par de contravenir los derechos de la niñez salvaguardados en el artículo 35 de la Convención de los Derechos del Niño de UNICEF¹⁹ (suscrita por México en noviembre de 1989) que establece que los Estados parte tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.

Por cuanto hace a la gestación sustituta, el tema de análisis ya no está centrado en la adopción, ya que la mujer gestante no tiene vínculo genético con el producto y por tanto no es madre del nuevo ser humano, lo que nos lleva a transpolar el tema de los derechos reproductivos al de “turismo reproductivo”, pues evidentemente estamos

...ante la presencia de una nueva concepción de la familia, de un cruce transfronterizo y ante un “turismo reproductivo” en donde el punto de mira se debe focalizar en los derechos de los niños nacidos mediante esta práctica, derechos de los niños a que se respete su interés superior.²⁰

Lo anterior nos lleva a sostener que un contrato civil no logra dar solidez a la salvaguarda de los derechos del nuevo ser humano, quedando a la voluntad de las partes determinar los alcances de sus derechos de identidad, filiación y de familia.

¹⁸ Brena, Ingrid, *op. cit.*, p. 7.

¹⁹ Disponible en: <https://www.unicef.org/es/convencion-derechos-nino/texto-convencion>, última fecha de consulta: 14 de marzo de 2023.

²⁰ González, Nuria, *op. cit.*, p. 162.

IV. ASPECTOS PENALES EN TORNO A LA GESTACIÓN SUBROGADA Y SUSTITUTA: ABORTO, AYUDA AL SUICIDIO, HOMICIDIO EN RAZÓN DEL PARENTESCO, RESPONSABILIDAD PENAL COLECTIVA

El evolucionar de la actividad humana conlleva nuevas posibilidades de dañosidad a bienes jurídicos relevantes para la sociedad que el legislador debe normar conforme sea necesario, teniendo cabida el derecho penal como cause para el control del orden social justificando la imposición de la pena como reproche a la conducta que ha quebrantado la norma, lo que bajo un concepto de corte funcional-sistémico se comprende en tanto que el derecho penal no protege bienes jurídicos sino la vigencia de la norma,²¹ lo que nos permite analizar las aristas que en esta materia presenta la convivencia humana derivada de los contratos de gestación subrogada y gestación sustituta así como su impacto en la estructura de algunos tipos penales²² como norma válida para la sociedad actual.

Cabe dejar claro que no se pretende criminalizar a las formas de gestación en análisis, sino salvaguardar los derechos de las partes, así como del no nacido, del nuevo ser humano y de las mujeres. Para ello se pone en contexto el bien jurídico²³ de la vida, cuyo titular es el sujeto pasivo, y su disponibilidad a la luz

²¹ Buompadre, Jorge Eduardo, *Violencia de género en la era digital*, Bogotá, Astrea, 2016, p. 65.

²² Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*, Bogotá, Themis, 2016, p. 43. Expresión lingüística que, con mayor o menor acierto, intenta describir, con las debidas notas de abstracción y generalidad, la conducta prohibida.

²³ *Ibidem*, p. 48. La norma penal tiene una función protectora de bienes jurídicos. Para cumplir esta función protectora eleva a la categoría de delitos, por medio de su tipificación legal, aquellos comportamientos que más gravemente lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos protegidos. El bien jurídico es, por tanto, la clave que permite descubrir la naturaleza del tipo, dándole sentido y fundamento.

del derecho penal mediante el análisis de algunos tipos penales como el aborto, la instigación o ayuda al suicidio, el homicidio en razón del parentesco y la responsabilidad penal colectiva para el caso de crear nuevos seres humanos con una salud y vida prometidas.

Análisis que nos llevarán a identificar los impactos penales que conlleva la práctica de la gestación subrogada y la gestación sustituta al detonar nuevos alcances en los elementos normativos de estos tipos penales así como la relevancia de atender las conductas desplegadas por los equipos médicos y legales a la luz de una responsabilidad penal colectiva.

1. *Aborto*

Partiremos de los avances que se han alcanzado en nueve²⁴ códigos penales de México al salvaguardar el derecho a decidir de la mujer embarazada sobre la interrupción del embarazo durante las primeras doce semanas de gestación, entidades de tiempo en las que al derecho penal le ocupa la vida del producto a partir de la semana doce de gestación, no antes; por lo que para el presente análisis tomaremos como referencia el elemento normativo *aborto* bajo lo dispuesto en el Código Penal de Baja California (CPBC) al ser uno de estos nueve estados que salvaguarda este derecho de la mujer a decidir, definiéndolo como la *interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación*.²⁵

²⁴ Ciudad de México, Oaxaca, Hidalgo, Veracruz, Colima, Baja California, Sinaloa, Guerrero y Baja California Sur. Disponible en: <https://www.gob.mx/conapo/documentos/el-reconocimiento-de-la-interrupcion-legal-del-embarazo-en-mexico>, última fecha de consulta: 8 de enero de 2023.

²⁵ Artículo 132 CPBC. No obstante que el artículo 329 del Código Penal Federal como la mayoría de los códigos penales de las entidades federativas entienden al aborto como la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez.

Y por embarazo se entiende la parte del *proceso de la reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio*. Estableciéndose en su numeral 133 el tipo penal de aborto para la mujer que voluntariamente practique su aborto o consienta que otro la haga abortar, siendo necesario identificar el alcance normativo²⁶ para los casos de embarazo subrogado y embarazo sustituto en los siguientes elementos del tipo penal: i) ¿quién es la “sujeto activo”?²⁷ deberemos comenzar por definir el alcance del término *su aborto*, o bien, ¿de quién es el embarazo?, ya que para la gestación sustituta la mujer que renta su vientre, en sentido estricto no está gestando *su* embarazo sino el embarazo de los contratantes; de ser así, ¿si la mujer gestante interrumpe el embarazo se configura el tipo penal de aborto pese a no tener la calidad especial de sujeto activo? Por cuanto hace a la gestación subrogada, si la madre contratante no es quien dio su óvulo para la fecundación y será *madre* hasta que reciba la adopción plena del nuevo ser humano, ¿puede durante las primeras doce semanas de gestación decidir interrumpir *el* embarazo?, o ¿quién ostenta ese derecho a decidir?, ¿quién es la mujer que tiene calidad de sujeto activo por ser la titular del embarazo?; ii) ¿quién es el “sujeto pasivo”? , puede ser el producto, la mujer gestante o bien los padres contratantes (éstos como el caso del aborto sufrido), y iii) ¿a favor de quién operan las excluyentes de responsabilidad penal consagrada en el artículo 136 del CPBC?, esto nos devuelve a la primera disyuntiva ya que las excluyentes operan a favor del sujeto activo, por lo que resulta relevante identificar quién o quiénes se adecuan a este elemento del tipo penal, para en su caso aplicar el análisis dogmático de estas excluyentes del delito.

²⁶ Muñoz Conde, Francisco, *op. cit.*, “para ello hay que utilizar un lenguaje claro y preciso asequible al nivel cultural medio”, p. 43.

²⁷ Entendida como la persona que lleva a cabo la conducta descrita en el tipo penal.

2. *Instigación o ayuda al suicidio*²⁸

Como punto de partida recordemos que para la legislación penal mexicana el bien jurídico de la vida no es disponible, por ello el consentir que otra persona nos ayude a privarnos de la vida no opera como causa de atipicidad excluyente del delito (ya que el consentimiento del titular debe darse sólo sobre bienes jurídicos disponibles).²⁹ Escenario que nos lleva a la siguiente interrogante: ¿es posible que un ser humano producto de la gestación subrogada o sustituta reclame su derecho a no vivir al considerarse producto de un contrato civil en el que no se garantizó su derecho a la salud y filiación?

Para arribar a este análisis tendremos que separar estas formas de gestación de la procreación “natural” en donde no hay esa preselección o manipulación genética que implicaría la responsabilidad de terceros respecto de un panorama de probabilidad y evitabilidad de daños a la salud que no se alcanza en la procreación “natural”. En donde, bajo la óptica de la teoría de imputación objetiva, la responsabilidad de terceros se basa en el riesgo creado hacia la vida del nuevo ser humano que pueda nacer con problemas de salud que impliquen que su vida no sea viable.

Quizá este escenario nos lleve a replantearnos el derecho de las personas producto de gestación subrogada o gestación sustituta para poder dar su consentimiento a un tercero que les preste ayuda con el fin de privarse de la vida, y que dicho consentimiento sea válido a la luz de una atipicidad que excluya de responsabilidad penal a quien instigó o ayudó al suicidio.

²⁸ Artículo 312 CPF, “El que prestare auxilio o indujere a otro para que se suicide, será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión; si se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, la prisión será de cuatro a doce años”.

²⁹ Artículo 15, fracción III, inciso a), del CPF.

Esto es, si terceros dispusieron de la nueva vida mediante la manipulación genética que los creó, dicha vida se torna en un bien jurídico disponible, ¿puede ahora ser disponible por su titular?

3. *Homicidio agravado en razón del parentesco consanguíneo*

Tipo penal consagrado en el numeral 323 del Código Penal Federal (CPF) dirigido a la privación de la vida del ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, adoptante o adoptado, con conocimiento de esa relación, en donde los sujetos pasivos cualificados deben cumplir la calidad especial de relación consanguínea, en tanto que “los tipos cualificados o privilegiados sólo añaden circunstancias agravantes o atenuantes al tipo básico, pero no modifican los elementos fundamentales”.³⁰

Frente a lo cual deberemos definir si para el caso de vientre subrogado la madre gestante cumple dicha calidad de sujeto pasivo al ser la donante del óvulo con el que se generó el gameto que dio vida al sujeto activo (en caso que el producto de dicha gestación le privare de la vida), y si la madre contratante también tiene dicha calidad de sujeto pasivo al adquirir el estatus de madre consanguínea por adopción plena conforme los derechos y obligaciones adquiridos civilmente. Mientras que, cuando se habla de vientre sustituto al no haber carga genética compartida entre la mujer que presta su vientre y el producto, no se cumpliría la calidad especial centrada en la relación de consanguinidad que demanda este tipo penal, sin embargo, cabe preguntarnos sobre el alcance médico y normativo del término “consanguíneo” para la materia penal.

Consecuentemente, para definir el elemento normativo “consanguinidad” analizaremos lo dispuesto en el Código Civil Federal (CCF) —que no necesariamente coincide con los códigos

³⁰ Muñoz Conde, Francisco, *op. cit.*, p. 45.

civiles de las entidades como elemento normativo del tipo penal en cuestión— a la luz del cual el parentesco civilmente reconocido sólo podrá ser por consanguinidad y afinidad, destacando en su artículo 293 que la adopción plena se equiparará al parentesco por consanguinidad.

De la normatividad civil citada se desprende que en la adopción plena (que opera en la gestación subrogada) el nacido adquiere la calidad de hijo consanguíneo de los padres contratantes, por lo que normativamente hablando se integra el tipo penal de homicidio agravado en razón del parentesco consanguíneo cuando la persona nacida de vientre subrogado priva de la vida a la madre contratante, por haberlo reconocido bajo el parentesco de adopción plena y derivarse de ello los mismos derechos y obligaciones del parentesco consanguíneo.

Pero tengamos en cuenta que esta relación de parentesco está centrada en los derechos y obligaciones civiles y familiares, no quedando claro el alcance normativo del término “consanguíneo” en el tipo penal de estudio por cuanto hace el alcance hacia la mujer del vientre subrogado, quien sí tiene relación genética con el producto al haber cedido su óvulo para la fecundación asistida, por lo que en sentido estricto también mantiene vínculos de consanguinidad, ¿o en qué momento pierde la consanguinidad biológica?, ¿normativamente hablando la persona producto de un vientre subrogado tendrá dos madres consanguíneas?

Interrogantes que se deben responder desde el derecho, con base en lo que efectivamente habría dos madres consanguíneas con las implicaciones penales antes descritas, aunque sólo una madre con obligaciones maternas en el plano civil (las adquiridas por la madre contratante). Esto cobra atención diferenciada dependiendo el código penal que se analice, por ejemplo, en la normatividad penal federal el reproche penal en homicidio en razón de parentesco hacia padres consanguíneos o no consanguíneos es el mismo. Mientras que en otros códigos penales, como el CPBC, se establece una diferencia entre ambas calidades de parentesco: homicidio en razón del parentesco consanguíneo con una puni-

bilidad de 20 a 60 años de prisión, mientras que al homicidio en razón del parentesco no consanguíneo (en donde se contempla a los adoptantes y adoptados) se asigna una punibilidad de 16 a 30 años de prisión. Lo que evidencia la relevancia de definir el alcance de la relación de parentesco en el tema que nos ocupa, en donde privar de la vida a la madre consanguínea o adoptante tiene consecuencias penales diferenciadas.

Conforme el trato diferenciado dado hacia la gestación sustituta por cuanto hace al tema de adopción plena, esta disyuntiva definitivamente no sucederá, toda vez que no se reconoce vínculo biológico con el producto ya que la gestante sólo aporta su vientre, siendo innecesario (conforme el CCT) que se dé la adopción plena, pues el producto no tiene carga genética de la madre sustituta y por lo tanto no hay parentesco alguno entre ambos. Preguntándonos si en un momento dado será necesario reconocer el vínculo biológico que deriva del torrente sanguíneo con que el producto se alimentó durante nueve meses en el vientre sustituto.

En estos temas aún caben muchas preguntas, unas lógicas y otras un tanto descabelladas, al ser temas que se están debatiendo incluso en el seno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) bajo escenarios de lo desconocido e incierto dada la ausencia de normatividad y complejidad que implican los vacíos legales para estos temas de filiación que a nuestro ver impactan en temas penales. Debate expuesto en la tesis de junio de 2022 de rubro:

Gestación subrogada o por sustitución. El asentamiento de una persona recién nacida sólo se hará mediante adopción plena cuando se trate de la modalidad de gestación subrogada, no así cuando se trate de la modalidad de gestación por sustitución.³¹

³¹ Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, Undécima Época, Civil, tesis: 1a. XIX/2022 (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, lib. 14, junio de 2022. En donde la Primera Sala determina que, a partir de una lectura armónica e integral de los artículos 380 bis 2 y 380

Resolviéndose que para el primer supuesto la consanguinidad se adquiere mediante la adopción plena, mientras que para la gestación sustituta basta el acuerdo manifiesto en el contrato de gestación para que la madre contratante adquiera dicho vínculo de consanguinidad, ya que “se toma en consideración el criterio según el cual la voluntad procreacional³² es un factor preponderante para la determinación de la filiación de una persona”,³³ aun cuando no tenga relación genética con el nuevo ser humano en los casos en que la gestación se haya dado con el óvulo de una tercera mujer.

Definitivamente, el contexto del término consanguinidad ha cambiado, pues aun sin vínculo de adopción ni de sangre se puede tener calidad especial de sujeto activo o pasivo para el tipo penal de homicidio agravado en razón del parentesco consanguíneo.

4. *Responsabilidad penal*

La responsabilidad penal de quienes intervienen en la manipulación genética para la creación de un nuevo ser humano que nace con salud y vida comprometidas. Como punto de partida cabe preguntarnos, ¿la intervención de terceros en la creación de

bis 6, el asentamiento de la persona recién nacida deberá realizarse mediante la figura de la adopción plena aprobada por la autoridad judicial competente únicamente en el caso de la modalidad de gestación subrogada, esto es, cuando la mujer o persona gestante esté genéticamente vinculada con el producto de la fecundación.

³² Entendida la voluntad procreacional como aquella voluntad previa a la procreación del nuevo ser humano puesta de manifiesto en el Contrato de Gestación Sustituta que para la SCJN garantiza los derechos y obligaciones maternos y paternos de los contratantes; contrario a la gestación subrogada, en donde se requiere de la adopción plena para adquirir los derechos y obligaciones paternas y maternas. Con lo que la Corte sostiene que el trato diferenciado en comentario no es inconstitucional.

³³ Tesis: 1a. XIX/2022 (11a.), *cit.*

un nuevo ser humano los hace responsables de manera directa de su garantía al derecho a la salud y vida viable dada la manipulación genética producto del riesgo generado?

Este planteamiento lo hacemos a la luz del derecho a la eutanasia así como de la responsabilidad penal de quien vulnera el bien jurídico de la salud y vida viable de otro ser humano bajo la óptica de la teoría de imputación objetiva.³⁴

Como se mencionó, el hecho que en México la eutanasia esté prohibida se sustenta en que la vida no es un bien jurídico disponible, por tanto la conducta de quien ayude a otro a suicidarse se califica como delito, aun cuando implique su derecho a morir con dignidad.

Sin embargo, cuando la voluntad de terceros interviene en la creación caprichosa de un nuevo ser humano, y la vida de este último depende de esa manipulación genética, estamos ante nuevos paradigmas de la vida misma. Estamos frente al riesgo de la creación de seres humanos con una salud y vida comprometida, de ahí que sea válido pensar si este nuevo ser humano tiene el derecho a decidir sobre la vida que otros le *han dado*: donadores, padres contratantes, médicos, laboratoristas, diseñadores del equipo tecnológico, etcétera. Terceras personas están decidiendo sobre la creación de nuevas vidas, pero irónicamente estas “nuevas vidas” no pueden decidir sobre sí mismas.

¿Cuáles son entonces los alcances de la responsabilidad penal por la creación de riesgos en el diseño de nuevos seres humanos? Conforme la teoría de imputación objetiva el primer punto de partida es si el sujeto activo creó o no un riesgo no permitido. Y aquí tenemos un punto de inflexión dada la ausencia de normatividad en la materia en donde está operando el aforismo relativo: “lo que no está prohibido está permitido”, y como

³⁴ Jakobs, Günther, *Moderna dogmática penal. Estudios comparados*, México, Porrúa, 2002, pp. 24 y 25. Definida como aquella con base en la cual se desarrolla el análisis de la conducta típica, analizando el riesgo permitido, principio de confianza, actuación a propio riesgo y la prohibición de regreso, cuya cuestión se concentra en la limitación de la responsabilidad penal.

México no se ha pronunciado en torno a su prohibición, se torna en un riesgo permitido. Partiendo de ello nos vamos al ámbito de las conductas culposas, siempre y cuando ese manejo del *riesgo permitido* se lleve a cabo dentro de ciertos controles y límites de contención (segundo problema ante la falta de regulación en el tema). El segundo punto de análisis para esta teoría es la creación de un resultado, y finalmente valorar si dicho resultado es de interés para la norma penal.

Y para el caso de reflexión, pensando que la manipulación genética diera por resultado una persona con salud y vida no viable, estaremos ante la vulneración de dos bienes jurídicos relevantes, la salud y la vida, los cuales definitivamente son de interés para el derecho penal. En este contexto podríamos hablar incluso de una responsabilidad penal colectiva respecto de todos los intervinientes en la manipulación genética que dieron vida a esta nueva persona cuyos bienes jurídicos se han violentado. Una responsabilidad penal que nos lleva a valorar los aportes cuantitativos con carga comunicativa al hecho, cuando los aportes individuales tienen carga cognitiva suficiente como para valorar su injusto en términos de una voluntad final dirigida a desvalorar la nueva vida que se está creando, pese a los riesgo de que esta nueva persona nazca con una salud y vida comprometidas.³⁵

Reflexiones que nos llevan a cuestionarnos ¿hasta dónde están los límites de la responsabilidad penal de estas personas que crean seres humanos?, ¿quién está respondiendo por los bienes jurídicos de estos seres humanos producto de manipulación genética?, ¿tienen derecho a no desear la vida que otros, de manera artificial decidieron darle, incluso desconociendo su carga genética?

Como se puede observar, la evolución científica y tecnológica aplicada a la gestación sustituta y gestación subrogada ha impac-

³⁵ Burgueño Duarte, Luz Berthila, *Responsabilidad penal colectiva. Más allá del injusto individual*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019, pp. 207 y 208.

tado en la actual construcción de diversos tipos penales, como los aquí analizados, al detonar mayores alcances en los elementos normativos del tipo y la consecuente necesidad de valorar las conductas desplegadas a la luz de la responsabilidad penal colectiva, lo que implica un nuevo reto en la construcción de la certeza jurídica que demanda todo Estado de derecho.

V. ¿ES LA COMERCIALIZACIÓN DE PERSONAS EL FIN DEL DERECHO HUMANO A LA REPRODUCCIÓN?

Cuestionarnos sobre el debate de origen en el tema de gestación subrogada y gestación sustituta implica salir de nuestra individualidad, esa que en la modernidad líquida nos disocia de la comunidad, del otro, en donde los horrores de la guerra, la violencia, las injusticias, la pobreza y las desigualdades se matizan cuando le sucede a “otros” y no “a mí”.

Éstas son realidades que se distorsionan y salen del contexto propio del horror porque nos son ajenas, y por consecuencia nos aborda la ceguera moral, a pesar de tratarse de temas de repercusión social, en el ámbito de derechos colectivos como es el derecho a la dignidad humana, la igualdad, la no discriminación, derecho a la identidad, prohibición de venta de niños, entre otros, que nos exigen salir de lo fantasioso y asombroso que desde el punto de vista tecnológico y científico puedan resultarnos tales formas de gestación humana, ante lo cual se hace urgente emitir nuestros propios juicios y sustentar criterios (lógicos o ilógicos), pues de lo contrario el tema se desbordará y nos habrá dejado al margen de las decisiones de bienestar social, sucumbiendo ante los intereses del mercado.

Como sostiene Bauman, “dar nombre al problema es una tarea intimidante, pero si ese sentimiento de incomodidad o infelicidad ni siquiera se puede nombrar, desaparece toda esperanza

de remediarlo”.³⁶ En este sentido nos atrevemos a sostener que la vida de las personas no debe ser sujeto de comercialización, existiendo importantes aristas por atenderse a la luz de un derecho penal encaminado hacia el interés público³⁷ más allá del interés de la propia víctima, siendo este un punto relevante en la reflexión del tema que nos ocupa, ahí en donde la mujer gestante se torna en víctima colateral³⁸ del desarrollo tecnológico, más allá de la aparente decisión voluntaria³⁹ y consciente, pues ésta se aprecia altamente marcada por el interés económico de mujeres en situación de desventaja frente a la violencia interseccional que implica múltiples niveles de injusticia social, como pobreza, escaso o nulatorio acceso al derecho a la educación, al derecho al trabajo, entre otros, y si alguien sostiene que es una forma “cómoda” de obtener dinero estará haciendo juicios de valor simplistas y alejados de toda perspectiva de género, en donde el punto de quiebre debe verse desde la mercantilización del tema.

Siendo preocupante que hemos dejado de ver los efectos violentos del tema, violencias ciegas e institucionalizadas en que

³⁶ Bauman, Zygmunt, *Modernidad líquida*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 74.

³⁷ Muñoz Conde, Francisco, *op. cit.*, “en todo caso, por muy importante que sea la satisfacción de los intereses de la víctima no puede olvidarse que el derecho penal es un derecho público cuya intervención... no puede estar supeditada a la voluntad de la víctima”, p. 50.

³⁸ Bauman, Zygmunt, *Daños colaterales. Desigualdades sociales en la era global*, México, Fondo de Cultura Económica, 2011. La posibilidad de convertirse en “víctima colateral” de cualquier emprendimiento humano, por noble que se declare su propósito, y de cualquier catástrofe “natural”, por muy ciega que sea a la división en clases, es hoy una de las dimensiones más drásticas e impactantes de la desigualdad social, p. 17.

³⁹ Guerra Palmero, María José, “Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global *versus* bioética neoliberal”, *cit.* “El argumento de los defensores de la gestación subrogada radica en la autonomía de la mujer que va a quedar embarazada, en su voluntariedad, junto a otras consideraciones relativas a la libertad reproductiva y a la propiedad del cuerpo. Sin embargo, constatamos una paradoja: un supuesto libre consentimiento, vía contrato o acuerdo, que anula, con respecto al futuro inmediato, la misma autonomía reproductiva de la mujer”, p. 535.

solemos somatizar aquello que no nos gusta, como sostiene Bauman en alusión a la bomba de Hiroshima como un tema de avance tecnológico que salió de toda dimensión lógica.⁴⁰

Esta somatización de la violencia nos lleva a la violencia institucional, que se torna en política, cultural e ideológica,

...libera precios, desnacionaliza la economía, promueve el conformismo social, obliga a formas de consumo ajenas a las necesidades reales de los pueblos, internaliza la conciencia del opresor en la conciencia de los oprimidos y controla y neutraliza las organizaciones sociales de los grupos populares.⁴¹

Lo que desencadena las injusticias sociales, que más bien son datos de violencia, en donde

...la comprensión de la injusticia en las relaciones económicas conduce a la comprensión de las violencias estructurales: la marginalidad, la pobreza extrema, la funcionalización o el abandono de las formas productivas precapitalistas por las dominantes y la hipertrofia del capital.⁴²

Y guardadas las proporciones debidas, veamos cómo el utilitarismo del cuerpo femenino ha llevado a normalizar la

⁴⁰ “Sin duda hubo un «momento primero» en que se volvieron factibles las atrocidades tecnológicamente asistidas que hasta entonces habían sido inconcebibles... La capacidad humana para adaptarse, habituarse y acostumbrarse, para partir esta mañana del punto alcanzado la noche anterior, y en general para reciclar lo inconcebible de ayer en lo fáctico de hoy, se encarga de que así sea”, Guerra Palmero, María José, “Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global *versus* bioética neoliberal”, *cit.*, p. 196.

⁴¹ Fernández Dávalos, David, “La violencia: un problema ético-político. El abordaje desde una ética de lo concreto”, *Arqueología de la violencia. Nuevos paradigmas en el pensamiento y el lenguaje para la praxis no violenta*, México, Universidad Iberoamericana, 2017, p. 33.

⁴² *Ibidem*, p. 31.

prostitución,⁴³ so pretexto de que la mujer que ofrece servicios sexuales lo hace voluntariamente, lo cual es falso al existir en su mayoría voluntades altamente viciadas y dominadas, lo que nos lleva a una libertad desigual “cuando una clase de personas tiene mayor libertad que otra, como cuando la libertad es menos extensa de lo que debería ser”,⁴⁴ y esto nos lleva a la normalización que ha desencadenado la trata de personas, la prostitución infantil, la desaparición de personas y un largo etcétera que se da al amparo de la prostitución como actividad “legal”. Claro ejemplo de la violencia institucional.

Realidades en que se confrontan los derechos de las víctimas colaterales y el negocio económico de unos cuantos. Siendo la comercialización de las nuevas personas un tema que se ha discutido por la SCJN en el Amparo en Revisión 129/2019, en torno a la existencia o no del interés jurídico de las personas morales dedicadas a estas formas de gestación toda vez que estas clínicas tienen como principal motor la ganancia económica, y no permitirán que se les prive de dicho negocio, lo que genera una fuerza comercial suficientemente avasalladora como para acallar las conciencias y fomentar la violencia estructural que circunda la decisión de renta de vientres.

⁴³ Pineda-Madrid, Nancy, “Tráfico sexual y feminicidio a lo largo de la frontera”, *Arqueología de la violencia...*, cit. “El tráfico sexual es un modo de esclavitud moderna, por medio del cual los seres humanos se convierten en objetos de cambio: son retenidos en contra de su voluntad, en circunstancias que exacerbaban su vulnerabilidad y la venta de su cuerpo es remunerada... la repetida venta de sus cuerpos tiene consecuencias totalmente destructivas para sus vidas”, p. 279. “La crucifixión de la mujer en esta región no se manifiesta sólo en sus cuerpos, sino también a través de la difusión del mito de las mujeres desechables, según el cual el capitalismo global trata y dispone de las mujeres como algo natural e inevitable”, p. 287.

⁴⁴ Rawls, John, *op. cit.*, p. 194. En sentido similar agrega Bauman, Zygmunt, *Modernidad líquida*, cit. “En términos sociológicos, el comunitarismo es una reacción previsible a la acelerada «dicuefacción» de la vida moderna, una reacción ante su consecuencia más irritante y dolorosa: el desequilibrio, cada vez más profundo entre la libertad individual y la seguridad, p. 181.

VI. CONCLUSIONES

Las situaciones violentas se construyen de hechos históricamente violentos, el análisis de gestación subrogada y gestación sustituta no puede separarse de la histórica concepción del cuerpo de la mujer como procreadora, base de los roles de género centrados en la esfera privada del orden social, un ámbito de desarrollo segregado a una segunda categoría frente al orden público, lo que ancla el tema en una evidente violencia de género, ésta de carácter interseccional cuando se suma el factor económico al tratarse de una decisión viciada de la mujer cuando ésta se enmarca en múltiples niveles de injusticia social so pena de lo que implica poner su cuerpo como un espacio material para la creación del nuevo ser humano, visto el vientre de la mujer como instrumento del contrato de gestación.

Se coincide en que

...la maternidad subrogada no supone, en sí misma, una explotación de la mujer —gestante—, pero, como sabemos, existe el riesgo real de que así suceda; no supone en cuanto tal, una compraventa de niños, pero sí que puede situar en el núcleo de la gestación el aspecto mercantilista. Y así podríamos continuar con argumentos esgrimidos de semejante tenor.⁴⁵

Lo anterior evidencia que estamos frente a conductas humanas basadas en el avance tecnológico que conllevan nuevos riesgos aún no normados, riesgos caracterizados por su complejidad y transnacionalidad, así como por la tecnología, con características como: *a)* riesgos artificiales que son producto de la actividad humana, *b)* en donde la responsabilidad individual se diluye en la complejidad organizativa, y *c)* producen una intensa sensación de inseguridad subjetiva a la ciudadanía. Frente a lo cual un contrato civil no logra salvaguardar los derechos del nuevo ser humano, quedando a voluntad de las partes determinar los alcances de sus derechos a la identidad, filiación y de familia.

⁴⁵ Romeo Casabona, Carlos María, *op. cit.*, p. 119.

La gestación subrogada y la sustituta son una realidad que sigue en aumento, lo que ha llevado al derecho a nuevas exigencias en aras de certeza jurídica en cuanto el alcance de la norma, máxime cuando se está ante una mujer gestante que no ejerce su derecho humano a la reproducción ya que no está gestando a sus propios hijos, sino a seres humanos respecto de los cuales extenderá la adopción plena o los cederá al amparo en un contrato de gestación. Así como lo cuestionable que es hablar del derecho reproductivo de la madre contratante cuando ésta no aporta material genético hacia la nueva vida, derivado de lo cual no estará ejerciendo su capacidad reproductiva. Interpretaciones a la realidad que rebasan el ámbito normativo y detonan problemáticas serias en el ámbito penal.

Inconsistencias que llevan al plano de vacíos normativos que deben aclararse cuando de delitos se trata, como los aquí analizados: aborto, homicidio en razón de parentesco, ayuda al suicidio y la propia responsabilidad penal colectiva, por citar algunas, frente a lo cual caemos en rupturas básicas del Estado de derecho, rupturas al principio de legalidad y de igualdad ante la ley —con la consecuente impunidad de conductas que no se adecuan a la materialización de estos tipos penales por la falta de certeza jurídica en el alcance normativo de conceptos como madre, vida, parentesco consanguíneo, venta de personas, creación de riesgos no permitidos, por citar algunos—, entendiendo que el análisis del impacto generado por los vacíos normativos en el tema no se agotan con lo aquí expuesto.

Por todo ello es urgente normar estas formas de gestación, armonizando el derecho civil con el derecho penal, atendiendo a la debida jerarquización mediante una norma de aplicación federal que armonice el actuar de todas las entidades. Y en el mejor de los casos, permitir su ejercicio sólo en el ámbito del altruismo de parte de la mujer gestante, lo que implicará una medida de contención a los abusos de los intereses de mercado liderados por la avaricia de las clínicas y despachos que han encontrado en

ello la forma de lucrar con la venta de seres humanos. Nada más cercano al delito de trata de personas.

Más allá de la ficción, reconocemos que el ser humano seguirá conquistando lo unimaginable para convertirlo en una realidad. Lo importante para la evolución humana será reconocer los límites de dicha evolución, lo que es humano y lo que no lo es, lo que es viable y lo que escapa a la razón misma; sin embargo, la comercialización de la creación de nuevas personas dentro de vientres rentados por terceras personas nos lleva fuera de los límites del derecho a la reproducción humana ya que nos centra en la transacción económica en donde el servicio es el vientre de una mujer durante los nueve meses de gestación y el objeto del contrato es el nuevo ser humano creado a voluntad de terceros, ello a cambio de dinero.

Nuestra forma de comprender la sociedad sin duda ha evolucionado, pero debemos tener cuidado con la forma en que estamos interactuando con el universo.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BAUMAN, Zygmunt, *Ceguera moral. La pérdida de la sensibilidad en la modernidad líquida*, México, Paidós, 2015.
- BAUMAN, Zygmunt, *Daños colaterales. Desigualdades sociales en la era global*, México, Fondo de Cultura Económica, 2011.
- BAUMAN, Zygmunt, *Modernidad líquida*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- BRENA, Ingrid, “La maternidad subrogada ¿es suficiente la legislación civil vigente para regularla?”, *Revista de Derecho Privado*, Mexico, núm. 1, enero-junio de 2012.
- BURGUEÑO DUARTE, Luz Berthila, *Responsabilidad penal colectiva. Más allá del injusto individual*, Mexico, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019.
- BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Violencia de género en la era digital*, Bogotá, Astrea, 2016.

- FERNÁNDEZ DÁVALOS, David, “La violencia: un problema ético-político. El abordaje desde una ética de lo concreto”, *Arqueología de la violencia. Nuevos paradigmas en el pensamiento y el lenguaje para la praxis no violenta*, México, Universidad Iberoamericana, 2017.
- GUERRA PALMERO, María José, “Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global *versus* bioética neoliberal”, *Gaceta Sanitaria*, Barcelona, vol. 31, núm. 6, noviembre-diciembre de 2017.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución”, *Anuario Mexicano del Derecho Internacional*, vol. 16, México, 2016.
- JAKOBS, Günther, *Moderna dogmática penal. Estudios comparados*, México, Porrúa, 2002.
- MEDINA GAMERO, Aldo Rafael *et al.*, “La maternidad subrogada: ¿una controversia ética?”, *Atención Primaria Práctica*, vol. 3, Elsevier, 2021.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, Bogotá, Themis, 2016.
- PATEMAN, Carole, *El contrato sexual*, México, Anthropos y Universidad Autónoma Metropolitana Iztapalapa, 1995.
- PINEDA-MADRID, Nancy, “Tráfico sexual y feminicidio a lo largo de la frontera”, *Arqueología de la violencia. Nuevos paradigmas en el pensamiento y el lenguaje para la praxis no violenta*, México, Universidad Iberoamericana, 2017.
- QUINTINO ZEPEDA, Rubén, *Teoría del delito en el Código Nacional de Procedimientos Penales*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2018.
- RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014.
- ROMEO CASABONA, Carlos María, “Las múltiples caras de la maternidad subrogada: ¿aceptamos el caos jurídico actual o buscamos una solución?”, núm. 28, España, 2018.