



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**

---

**FACULTAD DE DERECHO**

**Gestación por sustitución en  
el ámbito del Derecho  
Internacional**

**TESIS**

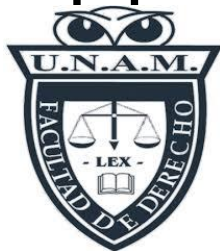
Que para obtener el título de  
**Licenciado en Derecho**

**P R E S E N T A**

Blanca Mónica Guadalupe Francia Contreras

**DIRECTOR DE TESIS**

Licenciado Federico Jesús  
Gutiérrez Martínez del Campo



**Ciudad Universitaria, Ciudad de México, 2022**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

## AGRADECIMIENTOS

En primer lugar, quiero dedicar este trabajo a Dios, ya que a pesar de las dificultades que han ocurrido en mis años de estudio, siempre estuvo ahí guiándome para no perderme en el camino, hasta concluir satisfactoriamente mi licenciatura.

También, dedico esta tesis a mis padres, las personas que más amo en esta vida, por haberme inculcado que el camino para alcanzar el éxito es por medio del estudio, que lo más importante es creer en mí, perseverar hasta alcanzar mis sueños, y que puedo llegar tan lejos como me lo proponga.

Agradezco especialmente a mi hermana María Fernanda Francia Contreras, por ser un pilar fundamental en mi vida, mi compañera, mi ejemplo a seguir, quién me demostró que se puede salir adelante ante cualquier adversidad y cumplir tus metas.

Asimismo, agradezco a mi abuelita, la señora Irma Blanca Sánchez Ramírez por su apoyo incondicional desde el inicio de mis estudios, ya que su motivación me hizo salir adelante hasta llegar a este momento, y a mi abuelito José Fernando Del Palacio Iriarte, por haberme aconsejarme sabiamente el iniciar esta noble profesión.

Además, quiero expresar mi gratitud a Miguel Ángel González de Paz, ya que el amor y cariño que me da día a día, me ha impulsado a seguir adelante con este y todos mis proyectos de vida.

Quiero expresar también mi más sincero agradecimiento al Licenciado Federico Jesús Gutiérrez Martínez Del Campo por aceptarme para realizar la tesis bajo su dirección. Debo destacar, por encima de todo, sus importantes aportes y participación activa en el desarrollo del presente trabajo, además de su disponibilidad y paciencia que hizo que nuestras pláticas redundaran benéficamente en su progreso. No cabe duda que su participación ha enriquecido el trabajo realizado.

Igualmente, agradezco a todos mis profesores de la Escuela Libre de Derecho y de la Universidad Nacional Autónoma de México, por haberme demandado un sentido de responsabilidad y compromiso social que es fundamental para el ejercicio de nuestra noble profesión, pues el mismo es un factor de transformación y cambio social.

Por último y no menos importante, agradezco a mis mascotas, a Nala, Gordi, Rose Mary, Estrella, Vaca, Burbuja, Mila, Lila y Tuti por haber estado siempre ahí reconfortándome cuando más lo necesitaba.

“El derecho no tiene una existencia por sí. Su esencia es más bien la vida del ser humano mismo, vista desde un lado particular”

Friedrich Karl von Savigny

## ÍNDICE

.....	1
Hipótesis .....	1
Introducción.....	2
Capítulo 1. Antecedentes de la Gestación por Sustitución.....	4
1.1. Estados Unidos de América .....	8
1.2. Reino Unido.....	10
1.3. Japón.....	11
1.4. Italia .....	11
1.5. Estados Unidos Mexicanos.....	12
1.6. Maternidad Póstuma.....	13
Capítulo II. Naturaleza jurídica de la Gestación por Sustitución.....	15
2.1. Técnicas de reproducción humana asistida.....	15
2.2. Modalidades de la gestación por sustitución .....	22
Capítulo III. Derecho comparado a la luz de la gestación por sustitución.....	24
3.1. España .....	24
3.2. Argentina.....	36
3.3. Francia .....	42
3.4. Alemania.....	50
3.5. India.....	52
3.6. México .....	61
3.6.1. Querétaro.....	63
3.6.2. Coahuila .....	66
3.6.3. Tabasco .....	69
3.6.4. Sinaloa .....	96
3.7. Estados Unidos de América .....	103
3.7.1. Estados que prohíben expresamente la gestación sustituta .....	104
3.7.2. Estados que permiten expresamente la gestación por sustitución .....	109
3.7.3. Estados que tienen jurisprudencia sobre gestación por sustitución.....	114
Capítulo IV. Convención Internacional sobre Gestación por Sustitución.....	116
Capítulo V. Contrato de gestación por sustitución.....	125

5.1. Constitucionalidad de la gestación por sustitución y su reconocimiento como derecho fundamental en el sistema jurídico mexicano .....	127
5.2. Contrato de promesa de contratar .....	130
5.3. Elementos del contrato.....	131
5.3.1. Elementos de existencia .....	133
5.3.2. Requisitos de validez .....	136
5.4. Obligaciones de las partes.....	143
5.4.1. Obligaciones de la madre gestante.....	143
5.4.2. Obligaciones de los contratantes.....	144
CONCLUSIONES.....	148
BIBLIOGRAFÍA.....	152
Anexo I. Estadísticas de la gestación por sustitución.....	158
Anexo II. Convención Internacional sobre Gestación por Sustitución. ....	164
Anexo III. Contrato de Promesa de Gestación por Sustitución.....	169
Anexo IV. Contrato de Gestación por Sustitución.....	175

## Hipótesis

La sociedad se encuentra en constante transformación debido al progreso de la ciencia y la tecnología, al desarrollo del pensamiento, y a los nuevos descubrimientos en distintas materias. Ante dicha circunstancia, los países han modificado, derogado, abrogado o regulado sus leyes a fin de adaptarse a estos cambios.

Así, una de las áreas en donde se encuentran grandes avances es en el campo de la reproducción humana, ya que se han creado nuevos métodos, como la gestación por sustitución, también llamada "maternidad subrogada". Sin embargo, actualmente muchas de las legislaciones internas de los Estados que la regulan son incongruentes, ambiguas y vagas. Aunado a ello no existe ningún instrumento internacional que la reglamente, por ello considero indispensable la creación de una Convención Internacional en la que los Estados firmantes puedan asegurar a las personas que decidan emplear esta técnica el respeto a sus derechos humanos, pues una vez firmado y ratificado un instrumento internacional, difícilmente se denuncia, por lo que su aplicación sería obligatoria, por lo que su aplicación sería obligatoria prácticamente a perpetuidad, y dicha situación tendría aplicación en México para el caso en que se adhiriera al mismo, ya que de conformidad con el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los tratados que estén de acuerdo con la Ley Fundamental, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión.



## Introducción

Cerca del 15% de las parejas en edad reproductiva a nivel mundial tiene problemas de fertilidad<sup>1</sup>, y la aplicación de la reproducción asistida puede solucionar la gran mayoría de estos inconvenientes. Dentro de estos métodos de procreación, se encuentra la gestación por sustitución, que está aumentando cada año a nivel mundial, introduciendo nuevos dilemas legales y éticos<sup>2</sup>. Además, el vacío normativo internacional y nacional que existe, hace que los niños nacidos por este método sean vulnerables; además, con una industria de clínicas de reproducción en crecimiento impulsada por la demanda, donde los intereses comerciales pueden ser un factor predominante, constituye un área de preocupación para los derechos humanos de los infantes y madres sustitutas; de ahí la necesidad de crear un instrumento jurídico que regule esta técnica para evitar cualquier violación a las prerrogativas de los mismos.

Por otro lado, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 reconoce el derecho humano a crear una familia, al mencionar que: “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”<sup>3</sup>. Así, al reconocerse a nivel internacional

---

<sup>1</sup> “Testimonios reales de maternidad subrogada” <https://babygest.com/es/experiencias-en-gestacion-subrogada/>. Consultado el 27 de diciembre de 2021

<sup>2</sup> Ver anexo I

<sup>3</sup> Artículo 16.1 de la “Declaración Universal de Derechos Humanos” [https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/spn.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf). Consultado el 27 de diciembre de 2021

el derecho a formar una familia, también en los casos de infertilidad se deberá reconocer a las técnicas de reproducción asistida como un derecho, pues sin este no puede materializarse aquél, siendo entonces, ambos derechos interdependientes.

Sin embargo, en estas casi seis décadas de existencia de este método, no se ha logrado crear un marco normativo en el que se apoye el desarrollo de esta tecnología, el incremento de la investigación en esta área, y que se otorgue de certeza jurídica a las parejas que requieren de este recurso médico, por tanto, propongo la creación de un instrumento internacional al respecto, pues es importante establecer parámetros legales mínimos.

En ese tenor, una vez que exista una legislación internacional al respecto, los Estados partes podrán adherirse al mismo, y deberán de adaptar sus legislaciones al mismo, por lo que será más fácil y seguro que las parejas y las madres gestantes puedan convenir a través de un instrumento que otorgue seguridad jurídica a las partes; de ahí que este deberá revestir determinados elementos de existencia y requisitos de validez que se estudiarán más adelante en el capítulo correspondiente.

## Capítulo 1. Antecedentes de la Gestación por Sustitución

La gestación sustituta actual fue reconocida desde finales del siglo XX, no obstante, resulta importante resaltar que dicha práctica existe desde los comienzos de la civilización; toda vez que fue reconocida en las Sagradas Escrituras, al señalar que “Abraham y Sara fueron los que sentaron las bases de la misma, puesto que Agar fue la primera madre subrogada que existió”<sup>4</sup>.

Posteriormente, en la antigua Mesopotamia fueron encontradas unas tablillas cuneiformes en 1948 en el yacimiento de Kültepe-Kanesh<sup>5</sup>, y los investigadores al descifrar una de las tablillas afirmaron que se trataba de un contrato matrimonial, que consistía en que el marido tenía el derecho a recurrir a una prostituta sagrada o *hieródula*, o bien, a una esclava en caso de que la esposa legítima no pueda darle hijos, sin embargo, el hijo se convierte en legítimo heredero y la madre gestante recibe una importante donación o la libertad<sup>6</sup>.

También, en el Código de Hammurabi de 1750 A.C., se contemplaba la posibilidad de recurrir a una esclava con fines reproductivos, y la misma no podía

---

<sup>4</sup>Sara no había dado hijos a su esposo Abraham y pensó: “quizá pueda tener hijos a través de Agar” (Génesis, 16:2). Ella “le dio a su esposo Abraham en concubinato” (Génesis, 16:3). Abraham es visto como el padre y llama a su hijo Ismael, dado que Agar había sido instruida mediante un mensaje del señor (Génesis, 16:11-15).

<sup>5</sup>“Los sumerios” <https://mihistoriauniversal.com/edad-antigua/los-sumerios>. Consultado el 27 de diciembre de 2021.

<sup>6</sup>“Historia de la gestación subrogada: antecedentes y casos previos” <https://babygest.com/es/historia-casos-previos-gestacion-subrogada/>. Consultado el 27 de diciembre de 2021.

ser vendida en caso de tener hijos con el dueño, siendo la primera medida de protección que se reconoció a favor de la madre gestante<sup>7</sup>.

Por otro lado, los romanos tuvieron, en efecto, una aptitud especial para el derecho, así como los griegos la tuvieron para la filosofía; toda vez que crearon, entre otras figuras, la adopción que funcionó de modo diferente de cómo la concebimos hoy en día, pero que sirvió para tener bajo su patria potestad a hijos no nacidos de forma natural.

Porque la adopción, en general, se hacía de dos modos: o mediante la autoridad del Príncipe o por el imperio del Magistrado. Con la autoridad del Príncipe se adopta a los que no se encuentran bajo la patria potestad de otro, cuya especie de adopción se llama *arrogatio* o arrogación, pues el adoptante es rogado, es decir, interrogado al cuestionarle si quiere que el adoptado sea su hijo conforme a derecho, y a este último le solicitan su consentimiento<sup>8</sup>.

En cuanto a la *adoptio* como especie del género de la adopción, se define como aquel acto por el cual un hijo de familia sale de su familia originaria para pasar a estar bajo la patria potestad de otro paterfamilias. Debe de tenerse en cuenta que, conforme a la concepción romana, la patria potestad era irrenunciable y como derecho omnímodo sólo terminaba por la muerte o incapacidad civil del padre<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Historia de la gestación subrogada: antecedentes y casos previos” <https://babygest.com/es/historia-casos-previos-gestacion-subrogada/>. Consultado el 27 de diciembre de 2021.

<sup>8</sup> Ibidem pág. 196

<sup>9</sup> OLIVER Sola, María Cruz. Precedentes Romanos Sobre Adopción, Tutela y Cúratela. Op cit. págs. 198 y 199.

En la época medieval, iniciado por el imperio Carolingio con Carlomagno en el año 771 D.C., era frecuente que los señores feudales quienes eran las personas más poderosas de la época tuvieran hijos ilegítimos con la amante, además de sus hijos legítimos. Sin embargo, no se puede considerar que existía gestación subrogada porque la esposa no se consideró como la madre de los hijos concebidos fuera del matrimonio. Los hijos ilegítimos no tenían el mismo estatus que los hijos legítimos, porque no se les permitía heredar los bienes y los títulos nobiliarios de su padre, pero solían llegar a ocupar muy buenas posiciones sociales, además de que no sufrían ningún estigma por ser hijos bastardos<sup>10</sup>.

Luego, la Revolución Francesa fue un proceso social y político que se desarrolló en Francia entre 1789 y 1799 cuyas principales consecuencias fueron la abolición de la monarquía absoluta y la proclamación de la República, eliminando las bases económicas y sociales del Antiguo Régimen y que culminó con “La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano 1789” sintetizados más tarde en tres principios: libertad, igualdad, fraternidad<sup>11</sup>.

Dicho documento sirvió como base e inspiración para todas las declaraciones tanto del siglo XIX como del XX. La declaración francesa es indiferente a las circunstancias en que nace y añade a los derechos naturales, los derechos del ciudadano. Pero, sobre todo, es un texto atemporal, único, separado del texto constitucional y, por tanto, con un carácter universal, a lo que

---

<sup>10</sup> “Imperio Carolingio” <https://mihistoriauniversal.com/edad-media/imperio-carolingio>. Consultado el 27 de diciembre de 2021

<sup>11</sup> VALENZUELA GUZMAN, Maribel Alejandrina. La Revolución Francesa. S.E. Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Humanidades. GUATEMALA, 2008, p.7.

hay que añadir la brevedad y la sencillez del lenguaje que se utiliza para redactar dicha declaración, de tal forma que el mensaje llegue a todo hombre. De ahí su trascendencia y éxito tanto en Francia como en Europa y, el mundo occidental en su conjunto, que originó que posteriormente se consolidaran los derechos de reproducción como los conocemos en la actualidad<sup>12</sup>.

Posteriormente, se creó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y la misma marcó un hito en la historia de los derechos humanos. Fue elaborada por representantes de todas las regiones del mundo con diferentes antecedentes jurídicos y culturales, siendo proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A III como un ideal común para todos los pueblos y naciones<sup>13</sup>.

En el numeral 16.1 estableció que: “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”; lo anterior, representó un avance en el reconocimiento de los derechos reproductivos de las personas al hacer mención del derecho de crear una familia, siendo óbice que en la época en la que se redactó el referido instrumento no existían los avances tecnológicos que tenemos hoy en día, por

---

<sup>12</sup> VALENZUELA GUZMAN, Maribel Alejandrina. La Revolución Francesa. Op. Cit. pág. 42

<sup>13</sup> “Declaración Universal de Derechos Humanos” [https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/spn.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf). Consultado el 27 de diciembre de 2021.

ello se debe realizar una interpretación que para hacer plenamente efectivo el derecho de reproducción, de manera que se puedan utilizar las técnicas de reproducción asistida, pues también en ese documento en su última parte menciona que: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”; es decir, no solo se reconoció la existencia del derecho a formar una familia, si no también prescribió que cada país debía garantizarlo<sup>14</sup>.

Ahora bien, la gestación por sustitución tuvo avances a finales del siglo XX, por lo que entraremos al estudio de casos relevantes a nivel internacional, que dieron como consecuencia la regulación de esta y la creación de los precedentes al respecto.

### 1.1. Estados Unidos de América

La gestación por sustitución como contrato, tiene su origen en Estados Unidos de América, en específico en el estado de California, ya que fue en esa entidad donde se creó el primer acuerdo que se documentó, ya que se publicó un anuncio en el cual solicitaban a una mujer para ser inseminada artificialmente, a pedido de una pareja estéril, y que por este servicio ofrecía una remuneración. El arreglo fue patrocinado por el abogado Noel Keane en el año de 1976, quien

---

<sup>14</sup> “Declaración Universal de Derechos Humanos” [https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/spn.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf). Consultado el 27 de diciembre de 2021.

fue el creador de la empresa *Surrogate Family Service Inc.*, en el estado de Michigan<sup>15</sup>.

Es importante mencionar que en los primeros casos de gestación por sustitución, la gestante aportaba sus gametos, conocida esta práctica como gestación “tradicional”, pero en 1978 surgió la fertilización in vitro, aconteciendo el primer caso de sustitución “gestacional”, en la que la gestante no aportaba sus gametos, y en 1984 aconteció que los óvulos de una mujer sin útero, fueron transferidos a una mujer que trajo al mundo a un bebé con el que no tenía ninguna relación genética<sup>16</sup>.

La problemática se visibilizó a partir del caso Baby M., en el que el señor Stern, ante la imposibilidad de que su esposa Elizabeth procreara un hijo, convino con el señor y la señora Whitehead un contrato de gestación por sustitución<sup>17</sup>. A la gestante se le pagarían diez mil dólares, más gastos médicos. En el acuerdo se estableció que la señora Whitehead sería inseminada artificialmente con el semen del señor Stern, procrearía al bebé y al final se lo entregaría a la familia que encargó al niño. El 27 de marzo de 1986, nació la niña producto de la gestación subrogada y la señora y el señor Stern le permitieron a la madre gestante permanecer con ella unos días, decidiendo al final esta última que no entregaría a la menor, por lo que se negó a renunciar a la relación materno-filial. Los Stern acudieron al Tribunal Supremo de Nueva Jersey, que determinó que,

---

<sup>15</sup> Cfr. LAMM, Eleonora. “Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres. Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, s.f., pág. 20

<sup>16</sup> Idem

<sup>17</sup> LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres. Op. Cit. pág. 21



aunque el contrato realizado era ineficaz e ilícito, éste no era el factor determinante de la disputa, sino que lo era el bienestar y el interés superior de la niña.

Por lo anterior, el Tribunal después de escuchar a testigos y peritos, incluyendo la capacidad para proveer de un ambiente estable a la menor, concedió la custodia a la familia Stern, permitiéndole a la señora Whitehead un derecho de visita<sup>18</sup>.

## 1.2. Reino Unido

Otro caso relevante se suscitó en Gran Bretaña en el año de 1985, en donde la señora Kim Cotton, se convirtió en la primera mujer en Reino Unido en “alquilar” su vientre, y protagonizó el caso Baby Cotton, cuyo impacto social generó la creación de una norma. La señora Cotton concibió a una niña con sus óvulos y el espermatozoides de un hombre anónimo<sup>19</sup>.

El acuerdo se efectuó merced a las gestiones realizadas por la agencia “*Surrogate Parenting Association*” o “Asociación de padres sustitutos” que cobró la suma de \$14,000 libras. Un funcionario del Servicio Social Gubernamental realizó la denuncia ante los tribunales, los cuales decidieron que la menor permaneciera bajo la custodia del hospital hasta tanto el Tribunal de menores se pronunciara al respecto. Posteriormente, la Corte Superior Civil de Londres

---

<sup>18</sup> Idem.

<sup>19</sup>En el Reino Unido todo empezó con ‘Baby Cotton’ [https://elpais.com/sociedad/2019/04/17/actualidad/1555506649\\_845481.html](https://elpais.com/sociedad/2019/04/17/actualidad/1555506649_845481.html). Consultado el 27 de diciembre de 2021.

decidió que la niña debía ser entregada a la pareja contratante mediante el correspondiente trámite de adopción<sup>20</sup>.

### 1.3. Japón

En 1994, la legislación nipona le negó a un matrimonio japonés la posibilidad de adoptar a un menor, ya que la edad y problemas de salud de la pareja eran inadecuados, por lo que ambos decidieron contratar el vientre de una mujer norteamericana para gestar un embrión concebido in vitro producto del óvulo de una donante y del esperma del marido contratante. Para llevar a cabo la práctica ante dicha prohibición, el esperma viajó desde Tokio a San Francisco donde fueron fertilizados 17 óvulos donados por una estudiante norteamericana para ser transferidos a una mujer de 30 años. Los costos por la aplicación de esta técnica ascendieron aproximadamente a 80.000 dólares<sup>21</sup>.

### 1.4. Italia

En 1995, una mujer tenía una malformación genética que la impedía llevar a cabo un embarazo, por lo que procedió a congelar sus embriones, y en 1999 una amiga se ofreció a implantárselos. Así, en el año de 2000, una Jueza del Tribunal Civil de Roma autorizó a llevar a cabo el proceso de gestación por sustitución a través de una madre de alquiler. Sin embargo, en ese periodo, la

---

<sup>20</sup> “Nacimiento de la maternidad subrogada” <http://tesis.uson.mx/digital/tesis/docs/22484/Capitulo1.pdf>. Consultado el 27 de diciembre de 2021.

<sup>21</sup> “Nacimiento de la maternidad subrogada” <http://tesis.uson.mx/digital/tesis/docs/22484/Capitulo1.pdf>. Consultado el 27 de diciembre de 2021

Federación de Médicos Italianos se encontraba legislando un código deontológico que prohibía expresamente la maternidad subrogada.

Ante esta circunstancia, y debido al vacío legislativo en la materia, la pareja recurrió a la justicia aduciendo que la intervención se llevaba a cabo “por amor y no por dinero” y porque los embriones se encontraban congelados desde hace 4 años. No obstante, según la ley italiana, el nacido es hijo de quien lo ha dado a luz en virtud de los principios instituidos en su Código Civil, ya que la maternidad exige el presupuesto del parto. La solución a esta situación fue que la gestante procediera a no reconocer al recién nacido para que de este modo los padres genéticos pudieran adoptarlo<sup>22</sup>.

#### 1.5. Estados Unidos Mexicanos

En México, la gestación subrogada ha sido regulada en los estados de Querétaro, Coahuila, Sinaloa y Tabasco, que en 1997 este último introdujo la reglamentación sobre el tema, ya que su código sustantivo contemplaba el registro de menores nacidos a partir de estos acuerdos, es decir, la legislación permitió la existencia de los contratos, pero sin ofrecer alguna protección a las partes, que después trató de subsanarlo a través de la reforma de 13 de enero de 2016<sup>23</sup>.

En Sinaloa, la figura se introdujo en 2013, con restricciones para acceder a los acuerdos que en gran medida han impedido que el Estado se convierta en

---

<sup>22</sup> Ibidem

<sup>23</sup> Gestación subrogada en México, resultados de una mala regulación” <https://gestacion-subrogada.gire.org.mx/#/>

un destino turístico de gestación subrogada que cause los problemas que sigue teniendo Tabasco<sup>24</sup>.

En contraste, Coahuila y Querétaro prohíben dicha práctica, es decir, han incluido artículos en sus códigos sustantivos que desconocen explícitamente cualquier acuerdo de gestación subrogada; pues establecen que siempre se presumirá la maternidad de la mujer gestante y que no se podrá hacer válido ningún acuerdo que diga lo contrario<sup>25</sup>.

Lamentablemente, México aún no tiene una doctrina jurídica sólida acerca de la gestación por sustitución. Se ha escrito en general sobre la materia, sin embargo, existe un debate actual y por lo mismo existen vacíos legales ya que en los demás estados de la república no hay regulación.

#### 1.6. Maternidad Póstuma

Una joven norteamericana llamada Julie Garber, le detectaron en 1995 un tipo de cáncer, por lo que decidió congelar sus óvulos e inseminarlos con el esperma de un donante anónimo a fin de preservar una futura maternidad que podría resultar dañada por los efectos de dicha enfermedad. Sin embargo, en 1996 Julie falleció dejando expresa autorización en su testamento para que dichos embriones fueran implantados en el vientre de alguna mujer; es así que los padres de la causante eligieron a la señora Velloff<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup>Idem

<sup>25</sup>Idem

<sup>26</sup> "GAMARRA Seminario, José Manuel. "Hacia una regulación de la problemática del vientre subrogante en el Perú y el derecho de familia". S.N.E., S.E., Arequipa, Perú, 2018, pág. 23.

Por lo anterior, se desató una polémica judicial toda vez que, poco antes del fallecimiento de Julie Garber, la Corte de Apelación del Estado de California había declarado que los embriones, así como el esperma y los óvulos, no eran bienes asimilables a un trozo de tierra, un cheque u otros bienes, estableciendo de este modo la indisponibilidad de los mismos por vía testamentaria<sup>27</sup>.

Al respecto, considero que, ante los avances de la ciencia médica, este supuesto puede suscitarse nuevamente, no obstante, primero debería regularse adecuadamente el tema de la gestación por sustitución para posteriormente, abordar la discusión de la maternidad póstuma mediante esta técnica, pues de lo contrario, existirían más lagunas legales e inseguridad jurídica al respecto.

---

<sup>27</sup> Idem

## Capítulo II. Naturaleza jurídica de la Gestación por Sustitución

El avance de la civilización se debe en mayor medida a los adelantos de la ciencia y tecnología, ya que han ido solucionado diversos problemas por medio de herramientas que han hecho más práctico el día a día, como sucedió en el campo de la biotecnología<sup>28</sup>, dado que tuvo avances en la reproducción humana asistida.

### 2.1. Técnicas de reproducción humana asistida

El término “técnicas de reproducción humana asistida”, implica la intervención médica en al menos alguna de las fases de la procreación y consisten en tratamientos simples, o de complejidad primaria, y de complejidad secundaria<sup>29</sup>.

Dentro de los tratamientos simples o de complejidad primaria se encuentran<sup>30</sup>:

- Estimulación ovárica: es la técnica más sencilla y consiste en provocar hormonalmente a la mujer para que produzca mayor cantidad de óvulos maduros y aumentar la posibilidad de lograr el embarazo.
- Inseminación artificial: es la introducción del esperma en la vagina o útero de la mujer por cualquier medio distinto de la relación sexual y la misma puede ser:

---

<sup>28</sup> La biotecnología se define como el conjunto de técnicas que involucran la manipulación de organismos vivos o sus componentes sub-celulares, para producir sustancias, desarrollar procesos o proporcionar servicios.

<sup>29</sup> CHAPERO, Silvana María. Maternidad Subrogada, 1ª. Ed. Astrea, 2012, pág. 88.

<sup>30</sup> Ibidem, págs. 88 y 89.

- Intravaginal: se coloca el semen en la parte superior de la vagina mediante una jeringuilla o capuchón de plástico que se aplica sobre el cérvix y se mantiene por seis horas antes de ser retirado.
- Intracervical: el material biológico se introduce en el cuello del útero.
- Intrauterino: se inyecta directamente en el útero.

Mientras que los tratamientos de complejidad secundaria son<sup>31</sup>:

- Fecundación in vitro: se indica en los casos de esterilidad femenina por problemas en las trompas de Falopio; por esterilidad masculina por escasez de espermatozoides, siempre que tengan un nivel aceptable de motilidad, y en esterilidades sin diagnóstico, que son los supuestos en que no es posible detectar la causa del impedimento para concebir. Se obtiene en el laboratorio, ante la imposibilidad de que el semen lo fertilice en el tercio externo de las trompas de Falopio.

El procedimiento comienza con una estimulación ovárica; luego los óvulos son aspirados y colocados junto a los espermatozoides, en un medio extracorpóreo, incubadora o frasco especial. En el caso que se produzca fecundación, los embriones son retirados para implantarse en el útero, mediante un fino tubo que recorre el cuello uterino.

El primer nacimiento usando esta técnica se produjo en Inglaterra en el año de 1978, en donde nació el bebé Louise Brown.

---

<sup>31</sup> CHAPERO, Silvana María. "Maternidad Subrogada". Op. Cit. Págs. 89 y 90

- Transferencia intratubárica de gametos: en el caso de que exista al menos una trompa de Falopio sana, se realizará a través de la colocación en la trompa de óvulos que previamente fueron extraídos con una aguja mediante laparoscopia y espermatozoides, para que la concepción se produzca en el cuerpo de la mujer y no en un medio extraño. Se aconseja que sean menos de 3 óvulos a fin de evitar los embarazos múltiples. El método fue creado en Estados Unidos de América por el doctor argentino Ricardo Asch.
- Transferencia intratubaria de ovocitos fertilizados: consiste en colocar, luego de efectivizada una fecundación in vitro, el embrión en la trompa y según el estado de desarrollo del embrión, varían las denominaciones.
  - Transferencia de embrión en las trompas, TET: a los dos días de la fertilización.
  - Transferencia de pronúcleos a las trompas, PROST: cuando solo tiene veinticuatro horas de fertilización.
  - Inseminación intracitoplasmática, ICSI: consiste en la inyección de un solo espermatozoide en el interior del óvulo descongelado, tras haberse conservado en frío. La congelación de óvulos implica una esperanza para las mujeres que deben someterse a quimioterapias o extirpación de ovarios.

Así, la gestación por sustitución presupone la utilización de cualquiera de las técnicas de reproducción humana asistida.



Por consiguiente, la autora Eleonora Lamm conceptualiza la gestación por sustitución de la siguiente forma: “Entiendo que la gestación por sustitución es una forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente”<sup>32</sup>.

En tanto que una de las primeras definiciones al respecto fue la de Coleman, para quien 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 le insemine artificialmente con el semen de un hombre casado con otra mujer, gestar al 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”<sup>33</sup>.

Es de resaltar que, la definición anterior posee características acordes a la época en la que se redactó, pues hoy en día existen más métodos de reproducción humana asistida que solo la inseminación artificial; aunado a que los contratantes también pueden ser solteros u homosexuales.

---

<sup>32</sup> LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres, Op. Cit. Pág. 24.

<sup>33</sup> Ibidem Pág 22

Además, es importante señalar que la palabra gestación por sustitución es llamada también<sup>34</sup>: alquiler de útero, madres portadoras, alquiler de vientre, donación temporaria de útero, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro, gestación subrogada, maternidad sustituta, maternidad de alquiler, maternidad de encargo, madres de alquiler, madres gestantes y “turismo procreativo”<sup>35</sup>, aunque para Charles y Girer, este último término resulta inapropiado, toda vez que frivoliza el problema y predispone negativamente a lectores y oyentes frente a los problemas reproductivos.

En el derecho comparado la terminología no es uniforme:

- Los anglosajones utilizan el término de *surrogate mother* o en general como *surrogacy*, lo anterior a partir del Informe de Warnock.
- En Francia se utilizan expresiones como *mère de substitution*, *mère porteuse*, *gestation-pour-autrui*, *mère de remplacement* y *prêt d'utérus*.
- Los italianos emplean *affitto di útero* y *locazione di útero*.
- En Alemania se designa la expresión *Leihmutter*.
- En México, en el Código Civil de Tabasco distingue entre maternidad subrogada y maternidad gestante sustituta, según se aporte o no material genético de la madre.

---

<sup>34</sup> LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres, Op. Cit. Pág págs. 24 y 25.

<sup>35</sup> OLAVARRÍA, María Eugenia. La gestación para otros en México: Parentesco, tecnología y poder. S.N.E. México: Centro de estudios mexicanos y centroamericanos, 2018. Pág. 44.

Para la escritora Eleonora Lamm, el uso del término maternidad subrogada es incorrecto<sup>36</sup>, ya que la Real Academia Española precisa que la palabra subrogación significa sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra, por lo que solo acontecería en el caso de que la madre que gesta aportará el material genético y el embarazo. Sin embargo, no siempre sucede, dado que la madre comitente puede aportar solo sus óvulos. En consecuencia, señala que el mejor término a usar es sustitución, ya que se gesta para otro que no puede hacerlo.

Por otro lado, tampoco es correcto usar el término maternidad, teniendo en cuenta que la palabra va más allá del hecho de gestar un embrión, porque una vez que ocurre el alumbramiento, se debe cuidar y amar al recién nacido, situación que sale totalmente de la esencia de la figura, pues el bebé no se quedará con la persona que lo gestó; por lo que sería mejor utilizar el término gestación.

En adición, numerosas antropólogas e historiadoras han realizado estudios para concluir que la maternidad no es un hecho natural, sino una construcción social que es definida por normas que derivan de una sociedad determinada y de una época definida, es decir, es un fenómeno que se compone por discursos sociales<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres, Op. Cit. Pág. 25 y 26.

<sup>37</sup> Cfr. PALOMAR VEREA, Cristina. Maternidad: historia y cultura, Revista de Estudios de Género, La ventana, Universidad de Guadalajara México, Guadalajara, 2005, volumen 3, N. 22, diciembre 2005, págs. 35-67.

Así, explican que en la antigüedad no existía la palabra maternidad, es decir, no se encontraron registros en Grecia y Roma de esa palabra; pero sí se encontraba presente el referido concepto en las mitologías; mientras que en la edad media las mujeres trataban de tener muchos hijos a fin de compensar la elevada mortalidad. Fue en el siglo XII que apareció la palabra *maternitas* y *paternitas*, cuyos conceptos fueron creados por la iglesia.

En la ilustración, a mediados del siglo XVIII y principios del siglo XIX, se comenzó a crear la representación de la “buena madre”, sumisa al padre, pero valorizada para la crianza de los hijos; se construye la idea del “amor maternal” como elemento indispensable para los recién nacidos y se va perfeccionando como un valor de la civilización. Se deja a un lado la individualidad de la mujer y se empiezan a crear los roles de género, confiriéndole a la mujer, en términos Rousseauianos, solo una función reproductora.<sup>38</sup>

En el siglo XX, el Estado empieza a restringir la función maternal, politizándola. Empiezan a crearse políticas natalistas que conceptúen la idea de la maternidad como deber patriótico, imponiendo medidas represivas condenando los anticonceptivos y el aborto. Sin embargo, en los años 60´, se crean los movimientos feministas, clamando por métodos de fecundidad, denunciando la maternidad-deber, exigiendo que sea una opción individual.

De aquí que, estimo correcta la apreciación de la autora al considerar que el término jurídico correcto para referirse a la figura jurídica a estudiar, es el de

---

<sup>38</sup> PALOMAR VEREA, Cristina. Maternidad: historia y cultura, Revista de Estudios de Género. Op Cit. Pág. 41.

gestación por sustitución, pues el fin de la misma es gestar para otra persona, utilizando alguna de las diversas técnicas que existen, y al final del embarazo, entregar el recién nacido para formar parte de una nueva familia.

## 2.2. Modalidades de la gestación por sustitución

En un origen, la gestación por sustitución presuponía la celebración de un contrato entre un matrimonio, denominada pareja comitente, integrado por las partes que solicitan los servicios de gestación de otra mujer, con una tercera persona, denominada gestante, para que se implante el embrión en la matriz de ésta y lo desarrolle hasta su nacimiento. No obstante, en diversos países ya es posible que sea una mujer o un hombre soltero, o bien, una pareja homosexual<sup>39</sup>.

Así, existen modalidades de la gestación por sustitución<sup>40</sup>:

- Tradicional: esta modalidad se caracteriza porque la gestante además de llevar a cabo la gestación, también aporta sus gametos; mientras que el semen será obtenido del comitente, que puede ser la pareja de la mujer u hombre, o puede ser soltero; o de un donante.

En esta circunstancia, la comitente, en el caso de que exista, carece de todo vínculo genético con el menor de edad.

- Gestacional: este tipo de gestación consiste en que la gestante solo se encargará de llevar a cabo el embarazo, sin que aporte el

---

<sup>39</sup> PALOMAR VEREA, Cristina. Maternidad: historia y cultura, Revista de Estudios de Género. Op Cit. Págs. 25 y 26.

<sup>40</sup> Idem

material genético. El material genético puede venir en las siguientes variantes.

- Ambos comitentes aportan sus gametos, es decir, una pareja aporta el semen y los óvulos.
- El comitente aporta su semen y el óvulo es donado. Este acontecimiento es generalmente usado por las parejas homosexuales.
- La comitente aporta su óvulo y el semen es donado. Para el caso de que la mujer sea soltera o bien, que su pareja sea estéril.
- Tanto el semen como el óvulo son donados.

### Capítulo III. Derecho comparado a la luz de la gestación por sustitución

Una vez analizada la naturaleza jurídica de la gestación por sustitución, entraré al estudio del marco normativo de algunos países que la regularon, mencionando algunos de los casos que tienen relevancia y que se fueron presentando a lo largo del tiempo.

#### 3.1. España

Dentro del marco normativo de España, se encuentra sobre la Ley 14/2006 que trata de las técnicas de reproducción humana asistida. Su exposición de motivos señala que dicha regulación tiene por objeto corregir los problemas suscitados por regulaciones precedentes, es decir, en la Ley 35/1988 y 45/2003; pues enumera las técnicas que, según el estado de la ciencia y la práctica clínica, pueden realizarse hoy día, evitando la petrificación normativa, en donde se habilita a la autoridad sanitaria correspondiente para autorizar, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida nuevas técnicas, una vez constatada su evidencia científica y clínica<sup>41</sup>.

Así, el contenido de la Ley 14/2006, determina las consecuencias de convenir un contrato de gestación sustituta, señalando lo siguiente:

“Artículo 10. Gestación por sustitución.

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor

---

<sup>41</sup> “Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.” <https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-consolidado.pdf>. Consultado el 2 de enero de 2022.

del contratante o de un tercero.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales<sup>42</sup>.

Es así como la legislación española otorga los efectos de nulidad absoluta al contrato de gestación por sustitución, con independencia de que sea onerosa o gratuita, es decir, España prohíbe la práctica procurando que no se celebren este tipo de acuerdos.

Sin embargo, en caso de que se llegara a celebrar el contrato, el mismo artículo nos da las soluciones a las problemáticas que se presentarían. En primer lugar, en el apartado 10.2 menciona que, una vez consumado el parto, se le imputa *ipso facto* la filiación a la persona que dio a luz, bajo el principio de “*mater semper certa est*” o “la madre es siempre conocida”. En consecuencia, en el caso que la gestante no quiera entregar al menor, teniendo en cuenta que el contrato es nulo, los comitentes no podrán alegar la entrega del menor ante los tribunales, aunque la gestante quisiera cumplir voluntariamente con el contrato, pues la filiación quedó determinada por el parto, no obstante que exista un vínculo genético con la mujer comitente<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> “Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.” <https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-consolidado.pdf>. Consultado el 2 de enero de 2022.

<sup>43</sup> LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres, Op. Cit. Pág. 72.



Más aún, el apartado 10.3 salvaguarda la filiación biológica paterna, al crear una acción de reclamación de paternidad, es decir, el establecimiento de la filiación no es automática si no que tiene que existir un procedimiento conforme a las reglas del país para atribuirle tal calidad<sup>44</sup>.

En materia penal, no existe un delito que tipifique la gestación por sustitución, pero el llevar a cabo el contrato implicaría la realización de acciones posteriores que sí se encuentran establecidas en los siguientes numerales del Código Criminal español:

“Artículo 220.

1. La suposición de un parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años.
2. La misma pena se impondrá al que ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación.
3. La sustitución de un niño por otro será castigada con las penas de prisión de uno a cinco años...”<sup>45</sup>.

El artículo anterior castiga al comitente que se atribuya un hijo, que legalmente es de la gestante; o a la gestante que ocultare o entregara a su hijo al comitente, con penas de prisión de seis meses hasta cinco años.

---

<sup>44</sup> LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres, Op. Cit. Pág. 72.

<sup>45</sup> “Código Penal. Legislación Consolidada, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en Boletín Oficial Del Estado, 1–199, 1995” <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>. Consultado el 2 de enero de 2022.

Además, el siguiente numeral penaliza con la inhabilitación de la patria potestad por un periodo de cuatro a diez años, dependiendo de la conducta:

“Artículo 221.

1. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concorra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años.

2. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero.

3. Si los hechos se cometieren utilizando guarderías, colegios u otros locales o establecimientos donde se recojan niños, se impondrá a los culpables la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de las referidas actividades por tiempo de dos a seis años y se podrá acordar la clausura temporal o definitiva de los establecimientos. En la clausura temporal, el plazo no podrá exceder de cinco años”<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> “Código Penal. Legislación Consolidada, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en Boletín Oficial Del Estado, 1–199, 1995” <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>. Consultado el 2 de enero de 2022.

De ahí que, el numeral anterior, equipara al contrato de gestación por sustitución con la compraventa de niños, castigando con prisión y pérdida de patria potestad a quien actualice la hipótesis, pudiendo ser además de la gestante o comitente, algún intermediario como una clínica especializada, con independencia si se realiza en España o en el extranjero.

Lo anterior, significa que existe un candado para que los españoles acudan a otro país en donde se encuentre permitida la práctica, pero la pena prevista para los intermediarios será exclusivamente cuando éstos se encuentren en dicho país.

Sin embargo, es importante resaltar el hecho de que prohibir y sancionar su práctica, no significa que va a dejar de realizarse, dado que siempre existirá quien busque vacíos o lagunas en la ley, que ayudará a crear los efectos jurídicos de la gestación por sustitución, que dicho sea de paso, los mismos pudieron haberse creado desde un principio de existir una reglamentación al respecto.

Lo anterior, se advierte con la posibilidad de establecer la filiación por la vía de la adopción, toda vez que la legislación no la prohíbe. Por lo que, atendiendo a esta situación, la madre comitente que haya aportado o no sus gametos, puede adoptar al menor, y en el caso del padre, dependerá si aportó su material genético, puesto que de ello estribará que pueda ejercitar la acción de reclamación de paternidad, o bien, también encuentre salida por medio de la adopción.

Al respecto, existen diversas opiniones, pues el autor Giroux discute la posibilidad de prohibir que los comitentes realicen indirectamente lo que no pudieron hacer directamente, es decir, por medio de la gestación por sustitución, pese a la voluntad del legislador<sup>47</sup>. Además, De Verda y Beamonte, alude que es absurdo utilizar la adopción como medio de conseguir los efectos que se persiguen con la celebración del contrato, por lo que está a favor de su regulación, evitándose así un proceso más largo y complejo que llevaría al mismo resultado<sup>48</sup>.

De forma tal que, al encontrarse prohibido el contrato de gestación por sustitución, los españoles que tienen la intención de formar una familia de esta forma, se trasladan a otros países donde se encuentre permitida dicha figura, por lo que se procederá a analizar un caso que puso de manifiesto la problemática que genera esta circunstancia.

Genaro y Bienvenido era una pareja española, quienes en el año 2005 contrajeron nupcias, siendo un matrimonio homosexual. Ellos acudieron al estado de California en Estados Unidos de América a contratar a una mujer gestante que tuviera a sus hijos y después del alumbramiento, solicitaron la inscripción del nacimiento de sus gemelos como hijos de ellos el 7 de noviembre de 2008 en el

---

<sup>47</sup> GIROUX, M. L'encadrement de la maternité de substitution au Québec et la protection de l'intérêt de l'enfant, citado por LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres. Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, s.f., p. 75.

<sup>48</sup> DE VERDA Y BIAMONTE, J.R. Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010). citado por LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres. Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, s.f., p. 75

Registro Consular de España; sin embargo, les fue negado el 10 de noviembre de 2008 por el canciller encargado del Registro Civil, argumentando que el contrato era nulo de pleno derecho y que se debía considerar como la madre a la gestante, es decir, actualizan la hipótesis del artículo 10 de la Ley 14/2006<sup>49</sup>.

Además, la doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado en España<sup>50</sup> menciona que, para poder inscribir un nacimiento, conforme a lo establecido en el artículo 23 de la Ley del Registro Civil, deben concurrir tres requisitos: certificado del Registro Extranjero; la realidad del hecho inscrito, y, debe de estar conforme con la ley española.

Así, bajo esta ley, aunque se hubiera obtenido el certificado del registro extranjero, no se actualiza la realidad del hecho inscrito, toda vez que resulta imposible que los dos hombres fueran los padres, puesto que para la procreación se necesita la concurrencia de una mujer que aporte sus óvulos, por lo que al mencionar que se hizo mediante la gestación por sustitución, se deja entrever que el hecho no es conforme a la legislación española.

Por otra parte, es importante mencionar que, Genaro y Bienvenido fueron los que ayudaron a visibilizar la problemática, ya que con anterioridad, según datos de los registros civiles consulares, tan sólo en 2003 nacieron en EEUU casi 1,000 niños españoles<sup>51</sup>, Por lo anterior, se deduce que, los casos que

---

<sup>49</sup> LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres, Op. Cit. Pág. 78.

<sup>50</sup> Ibidem pág. 79

<sup>51</sup>“La problemática actual de la maternidad subrogada. Universidad de Almería.” [http://repositorio.ual.es/bitstream/handle/10835/4704/10763\\_LA%20PROBLEMA%20C3%81TICA%20ACTUAL%20DE%20LA%20MATERNIDAD%20SUBROGADA.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.ual.es/bitstream/handle/10835/4704/10763_LA%20PROBLEMA%20C3%81TICA%20ACTUAL%20DE%20LA%20MATERNIDAD%20SUBROGADA.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Consultado el 2 de enero de 2022.

antecedieron a este, se trataron de parejas heterosexuales, porque no era fácil advertirse la existencia de un contrato de gestación sustituta, por lo que tuvieron éxito al obtener la transcripción de actas de nacimiento extranjeras en el Registro Civil Español, haciéndolo pasar por filiación natural<sup>52</sup>.

Entonces, ante la negativa de la inscripción del nacimiento de los menores, el matrimonio homosexual interpuso un recurso ante la Dirección General de Registros y del Notariado, y en su sentencia de 18 de febrero de 2009, estimó procedente la vía intentada, argumentando lo siguiente<sup>53</sup>:

En primer lugar, la filiación de los gemelos ya está determinada en California, por lo que no se trata de determinar la misma, pues ya existe una certificación registral extranjera, en la que consta el nacimiento y filiación, y solo deberá de aplicarse el numeral 81 del Reglamento del Registro Civil:

“Artículo 81. El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales.”

Dicha certificación tiene carácter de decisión extranjera, en forma registral, por lo que el acceso al Registro Civil español, no es derivado de una cuestión de derecho aplicable, sino de validez extraterritorial de decisiones extranjeras en

---

<sup>52</sup> LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres, Op. Cit. Pág. 78.

<sup>53</sup> Ibidem Pág. 79-82.

España. El artículo 81 del reglamento, excluye, la utilización de las normas españolas de conflicto de leyes y la aplicación de la ley sustantiva señaladas por las normas de conflicto, en este caso, las normas que determinan la filiación.

En segundo lugar, la inscripción en el Registro Civil, no vulnera el orden público español, ya que en este país se permite la filiación de un hijo a favor de dos mujeres. Luego entonces, al no permitir la filiación a favor de dos hombres, se actualizaría un caso de discriminación por razón de sexo, cuestión que está prohibida en la Constitución española.

“Artículo 14. Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”<sup>54</sup>.

Además, está permitida la adopción, por lo que los hijos adoptados pueden tener dos padres varones y como la ley no distingue entre hijos naturales o hijos adoptados, consecuentemente, los hijos naturales pueden tener dos padres varones<sup>55</sup>.

En tercer lugar, la Dirección General de Registros y del Notariado estimó de mayor relevancia el interés superior del menor, toda vez que el menor tiene derecho a una identidad única, que se traduce en disponer de una única filiación

---

<sup>54</sup> “Constitución Española 1978” <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>. Consultado el 2 de enero de 2022.

<sup>55</sup> LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres, Op. Cit. Pág. 81.

en varios países, por lo que, de negarse el recurso, tendría una filiación distinta en otro país, por lo que sus padres serían diferentes en cada frontera<sup>56</sup>.

A causa de lo anterior, la sentencia dictada por esa Dirección, fue objeto de ataque por el Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, quien el 15 de septiembre de 2010, dictó una sentencia que ordenó dejar sin efecto la inscripción, vertiendo los siguientes argumentos<sup>57</sup>:

Primero, no se debe perder de vista que el arábigo 81 del Reglamento del Registro Civil, desarrolla al artículo 23 de la Ley del Registro Civil, de manera que la máxima *Lex superior derogat inferior* o ley superior deroga ley inferior, se debe tomar en cuenta que solo deberán de practicarse las certificaciones extendidas en el extranjero, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de conformidad con la ley española. En este caso, el encargado del Registro solo debe comprobar que, si el hecho hubiere ocurrido en España, sería legal conforme al artículo 10 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Segundo, en relación a la probable discriminación por razón de género, se consideró que no se transgredió el numeral 14 de la Constitución de España, ya que la misma consecuencia se hubiera dado en el caso de que los que intentan esta acción fuera un matrimonio de dos mujeres, esto es, la negativa de

---

<sup>56</sup> Idem

<sup>57</sup> LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres, Op. Cit. Págs. 82 y 83.



inscripción no es por su condición de hombres, sino porque el nacimiento de los menores se dio en virtud de un contrato de gestación por sustitución.

Tercero, el juez estimó pertinente el argumento del interés superior del menor, por cuestión de la probable doble filiación que pudiera tener; sin embargo, afirma que la ley española tiene los recursos y vías suficientes para conseguir las consecuencias que se buscan, sin necesidad de recurrir al fraude de la ley, es decir, a la adopción como medio de la adjudicación de la filiación.

Por último, este asunto llegó hasta el Tribunal Supremo de España, quien, en sentencia de 6 de febrero de 2014 manifestó no haber lugar al recurso de casación, aduciendo que: “No estamos dispuestos a admitir lo que nos ofrecen. Que uno figure como padre biológico y el otro adopte al hijo”<sup>58</sup>.

Por otra parte, meses después el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en dos sentencias de 26 de junio de 2014, condenó a Francia, por no admitir la inscripción en el Registro Civil Francés de los hijos nacidos en California por medio de la gestación por sustitución, por estar prohibido, alegando el interés superior del menor<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> ARRECHEDERA, Luis. Realidad, ilusión y delirio en el derecho de filiación. Las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013 y 15 de enero de 2014, S.N.E., Editorial DYKINSON, Madrid, 2017, pág. 109.

<sup>59</sup> Idem

Más tarde, gracias a la sentencia precitada el ministro de justicia de España declaró que habría que estudiar un mecanismo legal para proceder a la inscripción en el Registro Civil español<sup>60</sup>.

Posteriormente, en 2012 se suscitó un caso en que se logró la inscripción tramitada directamente en España. Aquí, una mujer acudió igualmente a California, pero no procedió a tratar de inscribir a los gemelos en el consulado, sino directamente en el Registro Civil de España, y ante la negativa, acudió a los Tribunales. El 25 de junio de 2012, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Pozuelo Alarcón, admitió la solicitud de reconocimiento de sentencia extranjera, dictada en el proceso de reconocimiento de maternidad en ausencia de paternidad de un Tribunal en California y concedió los efectos de reconocimiento a la solicitante como madre legal y única progenitora nacidos en el extranjero en virtud de la gestación por sustitución<sup>61</sup>.

Lo anterior, se logró gracias a la resolución judicial dictada por un Tribunal competente en California, dónde además de adjuntarse la solicitud de *exequator*<sup>62</sup>, se añadió una copia auténtica y legalizada de dicha sentencia donde fue probada su autenticidad mediante la apostilla del Convenio de la Haya<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> El país, viernes 11 de julio de 2014, p. 34, citado en ARRECHEDERA, Luis. Realidad, ilusión y delirio en el derecho de filiación. Las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013 y 15 de enero de 2014, S.N.E., Editorial DYKINSON, Madrid, 2017, pág. 109

<sup>61</sup> LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres, Op. Cit. Págs. 94 y 95.

<sup>62</sup> El *exequatur* es el procedimiento del derecho internacional, por el cual los tribunales españoles se encargan de la homologación de una sentencia o laudo extranjero a fin de que tenga plena eficacia.

<sup>63</sup> LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres, Op. Cit. Págs. 94 y 95.

De manera que, para el autor Bonillo Garrido, los Juzgados y Tribunales españoles están empezando a homologar las sentencias extranjeras relativas a la filiación de los menores que han sido concebidos mediante gestación por sustitución, en atención a que lo que debe primar es el interés superior del menor<sup>64</sup>.

### 3.2. Argentina

En Argentina, hay una total ausencia de una norma general que regule la gestación por sustitución, es decir, no existe una ley que permita o prohíba la figura, a pesar de ser un país donde se lleva a cabo frecuentemente<sup>65</sup>. Dicho lo anterior, actualmente el país ya cuenta con casos resueltos que fueron de gran relevancia por haber creado jurisprudencia y que ayudarán a resolver futuras contiendas, por ende, se analizarán a continuación:

El primer caso fue acerca de una mujer contratante quién aportó sus genes e impugnó la maternidad de la madre gestante, dado que aparecía como la madre en la partida de nacimiento del menor, aduciendo que la misma no tenía la titularidad del material genético. Este asunto fue resuelto mediante la sentencia de 14 de abril de 2010, de la Cámara de Apelaciones Civil, Comercial y Laboral de Gualeguaychú, Entre Ríos<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> BONILLO GARRIDO, L. El reconocimiento y ejecución de sentencias de maternidad por sustitución, citado en LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres, Op. Cit. Pág. 95.

<sup>65</sup> LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres, Op. Cit. Pág. 102.

<sup>66</sup> Ibidem, págs. 104 y 105.

En primera instancia, el Juez desestimó la demanda por no tener legitimación *ad causam* o a la causa, fundando su resolución en el artículo 262 del Código Civil argentino, que dispone que la acción intentada por la madre, solo procede en los casos del último párrafo del siguiente numeral:

“Artículo 262. La maternidad podrá ser impugnada en todo tiempo por el marido o sus herederos, por el hijo y por todo tercero que invoque un interés legítimo. La mujer podrá ejercer la acción cuando alegue sustitución o incertidumbre acerca de la identidad del hijo”<sup>67</sup>.

Posteriormente, el Tribunal de alzada revocó la sentencia del *A quo* o Juez de origen, porque el artículo anterior extiende la legitimación a “todo tercero que invoque un interés legítimo”, además que prima el vínculo biológico de filiación, y al resolver la cuestión de legitimación a favor de la actora, devolvió el asunto a primera instancia.

En definitiva, la resolución del *Ad quem* o superior, sentó un precedente para la posterior sustanciación de asuntos de gestación subrogada ante la justicia en Argentina, a fin de que las madres contratantes puedan también hacer valer sus derechos para reclamar la filiación, en las mismas circunstancias de las madres gestantes.

El segundo caso, se trató de una pareja heterosexual que recurrió a la realización del procedimiento a cargo de una amiga, quien lo hizo de forma

---

<sup>67</sup>“Código Civil Argentino”  
[https://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Civil\\_de\\_la\\_Republica\\_Argentina.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf). Consultado el 2 de enero de 2022.

altruista, sin que aportara su material genético, ya que la pareja fue la que lo aportó. Una vez concluido el embarazo, se expidió un certificado de nacimiento, en donde la gestante aparecía como la madre, pero no fue inscrita en el registro, por lo que carece de partida de nacimiento y, por ende, de un documento que acreditara su nacionalidad<sup>68</sup>.

Ante ese hecho, los contratantes interpusieron una demanda solicitando la inscripción de la niña y que ellos figuraran como los padres, y el 18 de junio de 2013, se dio trámite a la misma, ordenando su inscripción ante el registro, con base en los siguientes argumentos:

- En la República de Argentina, aún no existe regulación que prohíba o permita la práctica, en consecuencia, existe una laguna legal al respecto.
- Existe un proyecto de reforma al Código Civil, donde se debe apelar a la “voluntad procreacional”, es decir, al elemento volitivo que se traduce en la intención de querer engendrar un hijo con material biológico propio, por lo que el principio de *Mater Semper Certa Est* o la madre siempre es conocida, carece de esa voluntad. Por lo anterior, la madre gestante carece del componente volitivo y por ende de la intención de adquirir derechos y obligaciones, que resulta en desear ser madre.

En suma, la resolución atendió a la máxima jurídica *permitted quod non prohibetur*, es decir, se presume que está permitido lo que no está prohibido, y a

---

<sup>68</sup> LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres, Op. Cit. Págs. 105-107.

la voluntad procreacional, tomando en cuenta que existió el aporte genético de ambos padres; por ello, considero que las subsecuentes sentencias deberían obtener el mismo resultado atendiendo a esos dos elementos, con independencia del aporte o no de los gametos de los contratantes.

En resumen, la resolución encontró en el interés superior del nacido, la razón suficiente para determinar la filiación a favor de los comitentes, y que si bien, es un concepto jurídico indeterminado, se debe tomar en cuenta que, de no haber recurrido a la gestación por sustitución, el menor no existiría en el mundo real.

Ahora bien, los casos anteriormente mencionados acontecieron dentro de Argentina, pero ¿Qué sucedió cuando sus ciudadanos contrataron fuera del país? El primer caso resuelto, sucedió con una pareja homosexual conformada por dos hombres, quienes recurrieron a la gestación por sustitución en la India<sup>69</sup>.

La problemática comenzó, porque la India no otorga la nacionalidad a los hijos de extranjeros que nacen en su territorio y porque la Representación Consular Argentina, no extiende una partida de nacimiento en la que no figure la madre, con fundamento en el artículo 36 inciso c) de la Ley 26.413, que dispone lo siguiente:

“Artículo 36. La inscripción deberá contener:

a) El nombre, apellido y sexo del recién nacido;

---

<sup>69</sup> LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres, Op. Cit. Págs. 108-111

- b) Localidad y provincia, hora, día, mes y año en que haya ocurrido el nacimiento;
- c) El nombre y apellido del padre y de la madre o, en el caso de hijos de matrimonios entre personas del mismo sexo, el nombre y apellido de la madre y su cónyuge, y tipo y número de los respectivos documentos de identidad. En caso de que carecieren de estos últimos, se dejará constancia de edad y nacionalidad, circunstancia que deberá acreditarse con la declaración de DOS (2) testigos de conocimiento, debidamente identificados quienes suscribirán el acta; Inciso sustituido por art. 36 de la Ley N° 26.618 B.O. 22/7/2010
- d) Nombre, apellido, documento y domicilio del declarante;
- e) Marginalmente se consignará el número del documento nacional de identidad del inscripto”<sup>70</sup>.

Entonces, el Cónsul general adjunto del Consulado de Mumbai, determinó que la única vía para su inscripción, sería mediante una autorización judicial emitida por un juez competente en la República de Argentina, a efecto de otorgarle la nacionalidad argentina.

Sin embargo, la opción era compleja, por lo que los contratantes presentaron un amparo con base en la voluntad procreacional, a fin que el Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de la Embajada de Argentina en la India expidiera la documentación necesaria reconociendo la copaternidad de los integrantes del matrimonio, y así el menor pudiera salir de la India.

---

<sup>70</sup>“Ley 26.413” <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/145000-149999/145345/texact.htm>. Consultado el 2 de enero de 2022.

En la sentencia del amparo interpuesto, se determinó que no existía ningún obstáculo para el otorgamiento de la documentación solicitada, pero que como el consulado ejercía funciones delegadas por el Registro Civil de Buenos Aires, se requería una autorización expresa de dicho organismo. Así, el Registro Civil informó que el Ministerio de Relaciones Exteriores tenía facultades propias y no delegadas para inscribir nacimientos, defunciones y matrimonios, por lo que no era necesaria la autorización expresa.

Por consiguiente, se habilitó la inscripción del menor como hijo del matrimonio, de acuerdo a los principios de no discriminación por razón de orientación sexual, el derecho a la identidad, la protección a las relaciones familiares, y el principio rector en los asuntos de los niños: el interés superior del menor.

Asimismo, un caso similar aconteció, con la diferencia de que la pareja homosexual no estaba casada, pero al promover el amparo, el Tribunal resolvió con las mismas razones que el caso anterior. De esa manera se concluye, que, no toma relevancia el estado civil de las personas o su orientación sexual, si no los principios anteriormente mencionados<sup>71</sup>.

Otro caso en el extranjero, sucedió con un matrimonio homosexual que, recurrió a la gestación subrogada en Rusia, y al término del embarazo, en abril de 2011 nacieron gemelas. Posteriormente, las menores de edad fueron inscritas en el Registro Civil ruso a nombre de la gestante, con quien no tenían ningún

---

<sup>71</sup> LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres, Op. Cit. Págs. 112-113



vínculo genético como madre; y en el caso del padre, se inscribió a quien aportó sus gametos<sup>72</sup>.

Una vez obtenidos los certificados de nacimiento, los documentos fueron apostillados y se ejerció la nacionalidad argentina para las gemelas, y lograr regresar a su país. A pesar de ello, solo uno de los comitentes tenía reconocida la filiación, por lo que incoaron una demanda de amparo, solicitando que se procediera a la inscripción de la copaternidad legal.

El 22 de marzo de 2012, se concedió el amparo con base al derecho de no discriminación por orientación sexual, toda vez que, si la homosexualidad es indiferente para contraer matrimonio, también lo debe ser al momento de inscribir a los hijos derivados de usar técnicas de reproducción asistida y/o gestación por sustitución; además de velar por el interés superior de las menores.

### 3.3. Francia

El *Comité Consultatif National d'Éthique* o Comité Consultivo Nacional de Ética de Francia, emitió una opinión el 23 de octubre de 1984, donde expresó que la gestación por sustitución, puede servir a intereses comerciales y conllevar la explotación material y psicológica de las mujeres gestantes, de manera que se manifestaron totalmente en contra de dicha práctica<sup>73</sup>.

---

<sup>72</sup>LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres, Op. Cit. Págs. 111 y 112

<sup>73</sup> Ibidem Pág. 118.

De ahí que, el legislador francés prohibió la referida práctica y el 29 de julio de 1994, añadió el artículo 16-7 en el Código Civil, según el cual, “todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro es nulo”. Mientras que, en materia penal, sancionó con un año de prisión y con multa a quien actuaran como intermediarios entre la gestante y el comitente, y en caso de ser con fines de lucro, las penas se duplican<sup>74</sup>.

Más tarde, el 24 de noviembre de 2005, se reiteró lo mencionado en 1984, en la opinión no. 90, en donde afirma que la gestación por cuenta ajena es contraria a la dignidad humana y puede causar secuelas emocionales a los hijos, a pesar de la tendencia internacional hacia una regulación a favor de la gestación por sustitución<sup>75</sup>.

Por tal motivo, analizaré la veracidad de las afirmaciones sobre las consecuencias que conlleva la gestación por sustitución, dado que muchas de ellas se enfocan en los efectos potenciales adversos que surgen para la madre gestante y el niño.

En primer lugar, se ha sugerido que la renuncia de la madre gestante al bebé que dio a luz, puede ser extremadamente estresante y que se traduce en problemas psicológicos como la depresión posnatal y sentimientos de culpa<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup>LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres, Op. Cit. Pág. 119.

<sup>75</sup> Idem.

<sup>76</sup> Cfr. JADVA, Vasanti. Subrogación en el Reino Unido: experiencias de padres, niños y madres por encargo, en Rosario Esteinou (coord.) La nueva generación social de familias. Tecnologías de reproducción asistida y temas contemporáneos. México, Publicaciones de la Casa Chata, 2012, Págs. 84 y 85.

También, se teme que la madre por encargo, pueda crear un vínculo prenatal con el recién nacido, que puede hacer difícil para ella la entrega del ser nacido a los futuros padres, o bien, que la madre sustituta pueda tender a distanciarse del nasciturus y conllevar a que ella se ponga en peligro, afectando también al hijo<sup>77</sup>.

Sin embargo, estudios han comprobado que, las mujeres que deciden convertirse en madres por encargo, desean ayudar a las parejas que, de otra forma, no hubieran podido convertirse en padres. De modo que, muchas madres gestantes reportaron tener una relación positiva con la pareja comitente posterior al embarazo y, por ende, seguir en contacto con ellos y el menor. Además, aunque las madres sustitutas puedan encontrar difíciles las semanas posteriores al alumbramiento, esas dificultades disminuyen con el tiempo, por lo cual, al año siguiente del nacimiento del menor, ya no experimentan problemas como resultado del arreglo de la sustitución <sup>78</sup>.

El estudio fue realizado observando las experiencias en una muestra de 34 madres gestantes, que fueron visitadas aproximadamente un año después del nacimiento del hijo por encargo. Las madres por sustitución fueron reclutadas de dos maneras; la primera, por medio de 19 mujeres que eran madres gestantes, y que participaron voluntariamente en el estudio y la segunda, 15 mujeres incorporadas a través de una organización de subrogación en el Reino Unido,

---

<sup>77</sup> JADVA, Vasanti. Subrogación en el Reino Unido: experiencias de padres, niños y madres por encargo. Op. Cit. Págs. 84 y 85.

<sup>78</sup> Idem.

llamada *Childlessness Overcome Through Surrogacy* o “la falta de hijos superada a través de la subrogancia” <sup>79</sup>.

Otro estudio posterior determinó que, los padres que hicieron encargos mostraban niveles más altos de calidez e involucramiento con el menor, comparado con el comportamiento de los padres que tuvieron al menor de manera natural. Asimismo, el 95% de las familias que son el resultado de una gestación por sustitución, se mantienen en contacto con la madre gestante y la gran mayoría reportó tener una buena relación con ella<sup>80</sup>.

Por último, en un estudio de desarrollo cognitivo, no se encontró ninguna evidencia de daño en el habla o en la parte motora en niños nacidos después de una sustitución mediante las técnicas de reproducción humana asistida, y en las evaluaciones que se realizaron para valorar el temperamento de los niños, usando el *Infant Characteristics Questionnaire* o Cuestionario de características del lactante, no encontraron diferencias entre niños nacidos a través de arreglos de gestación y niños nacidos ya sea por donación de óvulos o concebidos naturalmente, en relación en su desarrollo psicoemocional<sup>81</sup>.

Es decir, el hecho de que los niños sean concebidos o que sus circunstancias familiares sean inusuales, no significa que sean más propensos a crecer con disturbios psicológicos. En cambio, los estudios anteriores, sugieren

---

<sup>79</sup> JADVA, Vasanti. Subrogación en el Reino Unido: experiencias de padres, niños y madres por encargo. Op. Cit Pág. 85.

<sup>80</sup> Cfr. GOLOMBOK, Susan. Nuevas formas familiares, en Rosario Esteinou (coord.) La nueva generación social de familias. Tecnologías de reproducción asistida y temas contemporáneos. México, Publicaciones de la Casa Chata, 2012, pág. 60.

<sup>81</sup> Idem.

que la estructura familiar, en sí misma, produce poca diferencia para el desarrollo psicológico de los niños y lo que parece importar es la calidad de la vida familiar<sup>82</sup>.

Por otro lado, en cuanto al argumento en contra de la gestación por sustitución por existir un menoscabo a la dignidad humana, se afirma lo siguiente: en primer lugar, el vocablo “dignidad” deriva del latín *dignitas*, que a su vez deriva de *dignus* que evoca una posición de prestigio o decoro, o “que merece” y que en griego se traduce como *axios* o digno, valioso, apreciado.

Así, en la antigüedad, primero en Grecia y posteriormente en Roma, se entendía a la dignidad como el reconocimiento social hacia el individuo, basado en la posición social que ocupaba, tal y como lo señala Antonio Pelé, que menciona: “...En efecto, tanto en la Antigüedad, la Edad-Media, el Renacimiento, etcétera el valor del individuo derivaba de su filiación, origen, posición social, u otros cargos políticos”. En resumen, los individuos nacían con dignidades distintas y desiguales. El individuo podía sentir e identificar su valor y excelencia por la pertenencia a una élite con la cual compartía los rasgos sociales, políticos y económicos”<sup>83</sup>.

Más adelante, el concepto de dignidad adquiere fundamentos religiosos, porque con la aparición de las religiones monoteístas, en específico con el cristianismo, la dignidad se fundó en el vínculo de la divinidad, toda vez que se

---

<sup>82</sup> GOLOMBOK, Susan. Nuevas formas familiares, en Rosario Esteinou (coord.) La nueva generación social de familias . Op. Cit. Pág. 61.

<sup>83</sup>“Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad. Boletín mexicano de derecho comparado” [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0041-86332013000100002&lng=es&nrm=iso&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332013000100002&lng=es&nrm=iso&tlng=es). Consultado el 2 de enero de 2022.

trata de una dignidad que le viene al hombre de fuera, por lo que no tiene su fundamento en la propia condición humana<sup>84</sup>.

Sin embargo, se encontraron atributos en ella que se han conservado hasta nuestros días, esto es, que la dignidad humana: no se pierde o deteriora, y, no depende de las características personales o del aprecio que tengamos de la sociedad.

En cambio, el desarrollo de la dignidad humana como hoy la conocemos, aconteció en la época medieval, que fue basado en lo que el ser humano es, en sus atributos y características, es decir, en su ontología. Con ello, el ser humano es valioso por sí mismo, con independencia del valor que le agregue la sociedad o la divinidad.<sup>85</sup>

En el siglo XV, el humanista y pensador italiano Pico De la Mirandola, inició una corriente sobre la concepción de la dignidad humana que sería después seguida y enriquecida por muchos, al escribir su “Discurso sobre la dignidad del hombre”, en donde afirma que lo que hace digno al hombre, es su autonomía para alcanzar sus propios fines mediante el ejercicio de sus capacidades, al adoptar determinaciones sobre su propia actuación. La autonomía del ser humano es lo que lo diferencia de los demás seres vivos y, por consiguiente, lo

---

<sup>84</sup> Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad. Boletín mexicano de derecho comparado” [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0041-86332013000100002&lng=es&nrm=iso&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332013000100002&lng=es&nrm=iso&tlng=es). Consultado el 2 de enero de 2022.

<sup>85</sup> Idem

que muchos autores han entendido como la base de su dignidad, que depende de su condición humana<sup>86</sup>.

Así, la teoría de Pico de la Mirandola, señala que la dignidad tiene sustento en las capacidades racionales y volitivas del ser humano, concretadas con los principios de autonomía y libertad, que otorga la capacidad de autodefinirse y autoconstruirse a fin de perseguir sus fines personales<sup>87</sup>.

Por otro lado, Immanuel Kant en su obra “Fundamentación de la metafísica de las costumbres” apunta que el fundamento de la dignidad humana es la naturaleza moral del ser humano, en otras palabras, la capacidad para distinguir el bien del mal y optar por lo bueno. También, describe al hombre como, el único ser *sui iuris* o dueño de sí mismo, por lo que debe ser tratado como un fin y nunca como un medio<sup>88</sup>.

Más tarde, Ronald Dworkin explica que el concepto de la dignidad humana surge del resultado de combinar dos principios: el auto respeto y la autenticidad.

Como consecuencia, actualmente, es entendida como un deber de respeto y no como un hecho y asume gran relevancia cuando el Estado asume el deber de respetarla. Luego, la primera Constitución que consagró la obligación de respetar la dignidad humana fue la de Irlanda de 1937, que afirmó expresamente

---

<sup>86</sup> Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad. Boletín mexicano de derecho comparado” [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0041-86332013000100002&lng=es&nrm=iso&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332013000100002&lng=es&nrm=iso&tlng=es). Consultado el 2 de enero de 2022.

<sup>87</sup> Idem

<sup>88</sup> Idem

en su artículo 1o.: "La dignidad del hombre es intocable. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder estatal"<sup>89</sup>.

Es así como los derechos humanos se convirtieron en la base del desarrollo de todos los Estados, por lo que desde la constitución de la Organización de las Naciones Unidas quedó expresamente establecido que, sus propósitos fundamentales son el mantenimiento de la paz, la promoción del respeto, protección de los derechos humanos y de la dignidad y valor de la persona humana, como lo señalan el preámbulo y el artículo primero de la Carta de San Francisco<sup>90</sup>.

Bajo esa óptica, considero que las normas jurídicas son justas cuando respetan, protegen y promueven la dignidad humana, es decir, aquellas reglas que respetan la autonomía del ser humano, a fin de autodefinirse y tomar sus propias decisiones. En consecuencia, las normas que permiten la celebración de la gestación por sustitución, no dañan de ninguna forma la dignidad humana, por el contrario, existe una potestad para las mujeres de convertirse o no en madres gestantes, y así cumplir con el propósito que ellas se hayan planteado al utilizar ese medio.

De forma tal que, solo le corresponde al Estado garantizar que la gestación sustituta se realice en óptimas condiciones, tanto médica como legal. Por consiguiente, considero que el argumento donde se señala que se atenta contra

---

<sup>89</sup> Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad. Boletín mexicano de derecho comparado" [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0041-86332013000100002&lng=es&nrm=iso&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332013000100002&lng=es&nrm=iso&tlng=es). Consultado el 2 de enero de 2022.

<sup>90</sup> Idem



la dignidad humana, no tiene sustento por las consideraciones señaladas en los párrafos anteriores.

### 3.4. Alemania

En Alemania no solo existe una prohibición expresa para realizar la gestación subrogada, sino que también, se encuentra penalizada en el artículo 1 de la “Ley de protección del embrión”<sup>91</sup> de 13 de diciembre de 1990, que establece lo siguiente:

“Artículo 1. Aplicación abusiva de técnicas de reproducción. Será sancionado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con pena de multa quien:

1. Transfiera a una mujer un óvulo no fecundado ajeno.
2. Emprenda la fecundación artificial de un óvulo para fin distinto del embarazo de aquella mujer de la que proviene el óvulo.
3. Extraiga de una mujer un embrión antes de concluir su anidación en el útero para transferirlo a otra mujer o para emplearlo con finalidad distinta a su conservación.
4. Emprenda una fecundación artificial o una transferencia de un embrión humano a una mujer que esté dispuesta a entregar a terceros el niño después de su nacimiento de modo permanente (madre sustituta).”

---

<sup>91</sup>“Ley sobre protección de embriones de 13 de diciembre de 1990” en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2292/5.pdf>. Consultado el 2 de enero de 2022.

Sin embargo, el párrafo 3 del numeral anterior, no sanciona a la gestante ni a los comitentes, es decir, la penalidad se dirige a los intermediarios, como los hospitales y/o clínicas:

“3) No serán sancionados:

1. En los supuestos de los núms. 1, 2 y 6 del párrafo 1º, la mujer de la que provenga el óvulo o el embrión, así como la mujer a la que se le transfiera el óvulo o a la que se le pretendiera transferir el embrión, y
2. En los supuestos del núm. 7 del párrafo 1º, la madre sustituta y la persona que desee acoger por un periodo prolongado al niño”<sup>92</sup>.

También, en la “Ley de adopción”, se estableció una prohibición expresa sobre la gestación sustituta, y la castiga con un año de prisión o multa solo a los mediadores<sup>93</sup>.

Bajo esa tesitura, como hemos visto en otros países, las parejas que desean tener hijos utilizando esta técnica, se trasladan a otros países que sí la permitan, y Alemania no es la excepción. Así, han surgido casos en los que se ha negado la inscripción de los menores, con independencia de si existe alguna aportación de material genético, ya que igual que en el derecho francés, en Alemania se rigen por el principio de que la maternidad se determina en el

---

<sup>92</sup> Ley sobre protección de embriones de 13 de diciembre de 1990” en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2292/5.pdf>. Consultado el 2 de enero de 2022.

<sup>93</sup> LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres, Op. Cit. Pág. 125.

momento del parto, lo anterior es establecido en los artículos 1591 y 1592 del Código Civil alemán<sup>94</sup>.

En ese mismo contexto, se advierte que la nacionalidad alemana se adquiere únicamente por medio de *ius sanguinis*<sup>95</sup> o derecho de sangre, es decir, en el momento del nacimiento del menor, si su padre o madre son nacionales alemanes adquirirá la nacionalidad alemana automáticamente, pero no sucede de igual forma en el caso de un nacimiento por medio de la gestación sustituta. Por ejemplo, el Tribunal Supremo Alemán en 2019, dictó una sentencia denegando la inscripción de un niño por esa situación, pese a que la madre contratante aportó material genético, en consecuencia, tuvo que realizar un procedimiento de adopción<sup>96</sup>.

No obstante lo anterior, en algunos casos la justicia alemana ha permitido la inscripción de los menores si los derechos de filiación han sido determinados en una sentencia del país en el que se realizó el procedimiento<sup>97</sup>.

### 3.5. India

Anteriormente, en la India no existía una ley que regulara la gestación sustituta, no obstante, muchas personas lo llevaron a cabo, tanto de forma

---

<sup>94</sup> Cfr. MURCIA MORENO, Brandon Maverick. Derecho de Nacionalidad: Los menores nacidos por gestación subrogada. Tesis de grado, Universidad de Alicante, España, 2019, Págs. 16 y17.

<sup>95</sup> *Ius sanguinis* significa que los nacidos de madre o padre de un país, recibirán la nacionalidad de dicho país por el mero hecho de ser hijos suyos.

<sup>96</sup> Cfr. MURCIA MORENO, Brandon Maverick. Derecho de Nacionalidad: Los menores nacidos por gestación subrogada. Tesis de grado, Universidad de Alicante, España, 2019, Págs. 16 y17.

<sup>97</sup> *Idem*.

altruista como remunerada, y fue considerada legal, en virtud de que no existía una norma que lo prohibiera expresamente<sup>98</sup>.

Como consecuencia de la falta de regulación, la India se convirtió en uno de los destinos más populares para hacer este tipo de acuerdos, aunado a que el costo para realizarlo era cinco veces más barato que en los Estados Unidos de América, pues hasta el año 2012, una persona de cualquier país podía ir a la India solo con tener visa turística para realizarlo, con independencia de su estado civil u orientación sexual,<sup>99</sup>.

Fue hasta el 9 de julio de 2012 que el gobierno de ese país modificó la normativa, y el Ministerio del Interior dio instrucciones a todas las embajadas y ordenó emitir “visas médicas” para las parejas potenciales que quisieran someterse a esta práctica y estableció requisitos más rigurosos. En consecuencia, los casos de gestación sustituta internacional disminuyeron notoriamente, dado que muchos de los comitentes potenciales no reunían los requerimientos<sup>100</sup>.

Posteriormente, en 2015 se produjo un cambio en la ley para los extranjeros, pues solo se permitía la práctica a los matrimonios heterosexuales en cuyo país estuviera permitido este método reproductivo<sup>101</sup>.

---

<sup>98</sup> LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres, Op. Cit. Pág. 178.

<sup>99</sup> Ibidem, pág. 180.

<sup>100</sup> LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres, Op. Cit. Pág. 181.

<sup>101</sup> Idem.

Sin embargo, el Gobierno de la India presentó en octubre de 2015 un nuevo proyecto de ley ante la Corte Suprema con el fin de prohibir a todos los extranjeros la gestación por sustitución. Se trataba de un intento de frenar la llegada masiva de extranjeros en busca de una gestante para poder tener un hijo. La nueva ley fue aprobada el 21 de noviembre del año 2016 bajo el nombre *Surrogacy (Regulation) Bill, 2016* o Proyecto de ley de subrogación (regulación), 2016<sup>102</sup>.

Tras la entrada en vigor de esta nueva ley, únicamente podrán recurrir a la gestación subrogada las personas que cumplan las siguientes condiciones<sup>103</sup>:

- Ser de origen indio, extranjero residente en la India o extranjero casado con un ciudadano de la India.
- Ser un matrimonio heterosexual con problemas de fertilidad; se reitera que el requisito de ser pareja heterosexual es discriminatorio.
- Tener mínimo 5 años de casados.

Asimismo, la gestación subrogada deberá hacerse de forma altruista y la gestante deberá formar parte de su núcleo familiar.

---

<sup>102</sup> BABYGEST, "Gestación subrogada en la India ¿Qué dice la nueva ley?" en <https://babygest.com/es/india/#:~:text=Desde%202002%2C%20la%20gestaci%C3%B3n%20subrogada,para%20nacionales%20como%20para%20extranjeros.&text=Tras%20la%20aprobaci%C3%B3n%20de%20la,adem%C3%A1s%20%20%C3%BAnicamente%20de%20forma%20altruista>. Consultado el 17 de enero de 2022.

<sup>103</sup> Idem.

El motivo de la reciente regulación se debió a los abusos que se cometieron, ya que se convirtió en un negocio basado en la explotación de mujeres, el objetivo fue terminar con las llamadas “granjas de mujeres”, y en definitiva la mala praxis en ella. Sin embargo, el hecho de que sea desinteresado, no implica una supresión definitiva en los abusos que se puedan cometer<sup>104</sup>.

Por otro lado, algunas mujeres gestantes afirmaban que, con el dinero que recibieron lograron tener una vida mejor, aportar un hogar a su familia, y permitir que sus hijos tuvieran una mejor educación<sup>105</sup>.

Dentro de los nuevos requisitos que se establecieron a la mujer gestante se encuentra la necesidad del consentimiento expreso de su marido en caso de tenerlo, lo que pone de manifiesto que su autonomía depende en última instancia del varón<sup>106</sup>, y gran parte de ello es porque los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres sigue siendo uno de los grandes retos para la India y el mundo, debido a la imposición histórica de visiones morales y religiosas, la discriminación, la pobreza y la falta de información que les obstaculizan impunemente el derecho a decidir sobre su propio cuerpo de forma libre y autónoma.

---

<sup>104</sup> BABYGEST, “Gestación subrogada en la India ¿Qué dice la nueva ley?” en <https://babygest.com/es/india/#:~:text=Desde%202002%2C%20la%20gestaci%C3%B3n%20su%20brogada,para%20nacionales%20como%20para%20extranjeros.&text=Tras%20la%20aprobaci%C3%B3n%20de%20la,adem%C3%A1s%20%20%C3%BAnicamente%20de%20forma%20altruista>. Consultado el 17 de enero de 2022

<sup>105</sup> Idem.

<sup>106</sup> Idem.

Entonces, las condiciones actuales para ser gestante en la India son: edad menor de 35 años; tener al menos un hijo; una vez firmado el contrato, pierde el derecho de interrumpir de forma voluntaria el embarazo, salvo situaciones concretas<sup>107</sup>.

Además, para evitar los aspectos emocionales que puedan surgir, no podrá tener relación genética con el futuro bebé. Esto supone que la gestante no puede actuar también como donante de los óvulos ni someterse a una inseminación artificial para conseguir el embarazo, es decir, la gestación tradicional está prohibida<sup>108</sup>.

No obstante lo anterior, la nueva legislación en la India subsanó diversos inconvenientes, pero dejó de lado otras contrariedades, como sucede en el caso del Estado de Hyderabad en India, pues es una de las principales ciudades en donde se ofertan los servicios de gestación sustituta y gran parte de la población no habla inglés o hindi<sup>109</sup>, ya que sus lenguas locales son telugu y urdu. De manera que, cuando se habla del conocimiento informado, la posibilidad de acceder a información rigurosa, detallada y clara sobre los procedimientos depende de si las clínicas traducen los términos y condiciones, pues la mayor parte de la información sobre el tema está en inglés o en hindi. Lo anterior,

---

<sup>107</sup> BABYGEST, "Gestación subrogada en la India ¿Qué dice la nueva ley?" en <https://babygest.com/es/india/#:~:text=Desde%202002%2C%20la%20gestaci%C3%B3n%20su%20brogada,para%20nacionales%20como%20para%20extranjeros.&text=Tras%20la%20aprobaci%C3%B3n%20de%20la,adem%C3%A1s%20%20%C3%BAnicamente%20de%20forma%20altruista>. Consultado el 17 de enero de 2022

<sup>108</sup> Idem.

<sup>109</sup> Idiomas oficiales en la India

aunado a que muchos de los términos utilizados son técnicos y de difícil entendimiento, como cualquier materia especializada<sup>110</sup>.

Los detractores a esta técnica de reproducción asistida insisten en que el hecho de que la mujer intervenga en el proceso única y exclusivamente por necesidad económica no es éticamente aceptable, ya que conlleva la explotación de su cuerpo<sup>111</sup>.

También argumentan que la práctica conlleva a tratar a la mujer como un objeto y no como una persona, y que la mujer es tratada como mera incubadora humana<sup>112</sup> y sostienen que, la gestación sustituta en la mayoría de los casos, las mujeres ricas son las que usan a las mujeres pobres, abusando de su necesidad cometiendo abusos<sup>113</sup>.

Por ejemplo, se sostiene que las gestantes generalmente son mujeres pobres, y que no tienen un poder de negociación comparado con la persona o pareja contratante. Ese desequilibrio conducirá al pago de un precio menor, además que se comprometerá en diversas responsabilidades al grado de convertirse en una esclava<sup>114</sup>.

---

<sup>110</sup> AMADOR JIMÉNEZ, Mónica. Biopolíticas y biotecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada en India. Revista CS. S.E. Cali, 2010, Colombia, número 6, julio – diciembre 2010, pág. 201.

<sup>111</sup> Idem.

<sup>112</sup> VAN NIEKERK, A., Van Zyl, L. The ethics of surrogacy: women's reproductive labour citado en LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres, Op. Cit. Pág. 237.

<sup>113</sup> Idem

<sup>114</sup> HATZIZ, A. N. From soft to hard paternalism and back: the regulation of surrogate motherhood in Greece citado en LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres, Op. Cit. Pág. 238.



En otras palabras, mencionan que la gestación por sustitución atenta contra la libertad y autonomía de las mujeres, toda vez que su consentimiento se encuentra viciado e influenciado, ya que las gestantes pueden ser capaces de ganar de diez veces más del salario anual de su marido<sup>115</sup>.

En realidad, el argumento acerca de que una mujer no puede convenir, en forma consciente e inteligente, ya fue discutido en la Corte Suprema de California, en el caso *Johnson vs. Calvert*, que resolvieron lo siguiente<sup>116</sup>: “El subestimar la capacidad de consentir de la mujer, posee connotaciones de una forma de razonar que, durante siglos, impidió a las mujeres alcanzar iguales derechos económicos, electorales y estado profesional ante la ley.”

Tampoco se justifica que deba prohibirse la gestación por sustitución remunerada, pues muchas de las mujeres que lo realizan de forma filántropa, suelen ser recompensadas con una cantidad, que puede ser desde algo simbólico, hasta una suma importante y que, si bien no fue pactada, la misma es recibida sin que sea documentada, y aunque no es exigible, esta sí es cobrada, ocasionando una simulación de la gestación sustituta altruista<sup>117</sup>.

Por otro lado, en relación al argumento sobre la explotación de las mujeres, se debe resaltar que, en los países en los que la gestación sustituta está permitida y regulada, como en Estados Unidos de América, las madres

---

<sup>115</sup> LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres, Op. Cit. Pág. 238.

<sup>116</sup> Idem.

<sup>117</sup> LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres, Op. Cit. Pág. 239.

contratadas, prestan su ayuda de forma voluntaria y se encuentran orgullosas de la ayuda que prestan y hablan de ello con naturalidad<sup>118</sup>.

En resumen, la tesis sobre la explotación y la esclavitud a la que están sujetas las mujeres, que conlleva prohibir los acuerdos de gestación por sustitución, violenta el derecho de las mujeres a la autodeterminación y refuerza el estereotipo negativo de la mujer como incapaz de brindar un consentimiento racional.<sup>119</sup>

No obstante, no es dable descartar la existencia de este tipo de explotación, pero considero que se robustece cuando no hay una regulación que garantice derechos humanos y proteja a las partes más vulnerables. De hecho, estimo que pueden crearse organizaciones criminales al respecto, toda vez que es una práctica que puede ser económicamente beneficiosa, gracias a que los contratantes son personas que suelen tener un nivel socioeconómico alto a diferencia de las mujeres gestantes.

Por lo anterior, existe una mayor probabilidad que las mujeres puedan sufrir explotación y más en el caso de que se realice en una total clandestinidad, lo que provoca una mayor injusticia y abusos como la ausencia de consentimiento, abortos no consentidos ni informados, y la falta de pago a la gestante<sup>120</sup>.

---

<sup>118</sup> LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres, Op. Cit. Pág. 239.

<sup>119</sup> Idem.

<sup>120</sup> Idem.

Igualmente, no concuerdo con la afirmación sobre que las mujeres gestantes se equiparan a las esclavas durante el procedimiento por las siguientes razones:

- Existe consentimiento de parte de la mujer gestante de llevar a cabo la gestación del menor, porque tienen la capacidad suficiente de auto determinarse.
- Una de las principales características de la esclavitud es que se realiza un trabajo sin recibir una remuneración justa. *A contrario sensu*, en caso de que no se le retribuya económicamente a la mujer por ese servicio, existiría la presunción de esclavitud. Por ello, se propone que se permita la gestación sustituta remunerada.
- La gestante en este tipo de acuerdos debe recibir como mínimo, atención médica especializada antes, durante y posterior al procedimiento; seguro de gastos médicos mayores; seguro de vida; seguro de incapacidad física parcial o total; la comida y el vestido, ya que este tipo de necesidades cambiarán porque el cuerpo sufrirá modificaciones, por tanto, necesitará más nutrientes, y ropa de maternidad. Por lo que estas acciones sin duda alguna, no están comprendidas en una situación de esclavitud.
- Por lo que respecta a los cuidados personales que se le impongan en el contrato y que deba cumplir cabalmente, no son más que para cuidar de su salud y la del bebé, es decir, para que no corran ningún riesgo, por lo que se reitera que no es a fin de someterla a algún tipo de esclavitud.

- También, para el caso que la mujer gestante sintiera que existe un maltrato hacia su persona, deberá dar aviso a las autoridades competentes y, en el caso de que los futuros padres o comitentes supongan un peligro para la madre o el menor, se deberá evaluar el caso por las autoridades competentes a fin de determinar si el bebé estará seguro con los contratantes.

En conclusión, al regular el referido método, se establecerán parámetros, requisitos, condiciones que limitan y controlan la práctica, además que pueden prever soluciones ante las diferentes problemáticas, que provocan que disminuyan los abusos y las injusticias. En consecuencia, la regulación favorece la eliminación de la temida explotación.

### 3.6. México

México es una República Federal, compuesta por Entidades Federativas de conformidad con el artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en tal sentido, una de las características esenciales de la forma federal de un Estado consiste en la división constitucional de competencias entre los niveles de gobierno municipal, estatal y federal<sup>121</sup>.

---

<sup>121</sup>Cfr. SERNA DE LA GARZA, José Ma. Federalismo y sistemas de distribución de competencias legislativas, en Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos, U.N.A.M., Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, D.F., 2003, págs. 412.

La norma que establece la fórmula de distribución de competencias entre los distintos niveles de gobierno, tiene rango constitucional, y se encuentra en el artículo 124 de la Carta Magna que establece lo siguiente<sup>122</sup>:

“Artículo 124. Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados o a la Ciudad de México, en los ámbitos de sus respectivas competencias”.

Así, el artículo 73 de la Constitución, determina qué facultades son las que se encuentran conferidas a la federación, y se advierte que, al no encontrarse la materia civil dentro de la norma, corresponde a las Entidades Federativas, regular dicho campo<sup>123</sup>.

De modo que, actualmente los estados de la República Mexicana son competentes para regular la materia de gestación por sustitución; sin embargo, la Procuraduría General de la República, hoy Fiscalía General de la República, interpuso una acción de inconstitucionalidad en contra de diversos artículos del Código Civil para el Estado de Tabasco, publicado en el Periódico Oficial de esa Entidad el 13 de enero de 2016, argumentando que la referida práctica es un asunto de salud sobre el cual sólo la federación puede legislar.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión remota del Tribunal Pleno, inició el estudio de la acción de inconstitucionalidad y determinó declarar la invalidez del primer párrafo del artículo 380 bis que

---

<sup>122</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917.

<sup>123</sup> Idem.

establece el concepto de la reproducción humana asistida, al estimar que no corresponde al legislador local regular los aspectos técnicos del proceso de fertilización que implica la multicitada técnica, ni tampoco la condición médica de aquellos que pueden acceder a este método de reproducción asistida. Ello, en el entendido de que sí le corresponde definir las consecuencias civiles de su uso<sup>124</sup>.

En efecto, nuestro máximo tribunal ha empezado a esbozar algunos criterios de interpretación en relación a la competencia de la gestación por sustitución en nuestro país y se confirmó que existe una omisión legislativa federal que regule los aspectos técnicos del proceso, que deberá ser subsanada en su momento por la autoridad de salud correspondiente, haciendo énfasis en que las consecuencias de carácter civil deberán regularse por la materia civil, y en ese tenor, en el fuero local.

En esa tesitura, los estados de Querétaro, Coahuila, Tabasco y Sinaloa, han regulado dicha figura en su código sustantivo.

### 3.6.1. Querétaro

El Código Civil del Estado de Querétaro, contiene un capítulo especial en donde regula las técnicas de reproducción humana asistida, titulado “De la adopción de embriones”, y prohíbe expresamente en el mismo, la práctica de la gestación por sustitución:

---

<sup>124</sup> Síntesis informativa de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. “SCJN inicia el análisis de disposiciones del Código Civil de Tabasco en materia de Gestación Subrogada; declara invalidez de artículo 380 bis por falta de competencia del legislador local para regular la salubridad general y de una porción normativa en su párrafo tercero por ser discriminatoria.” No. 154/2021

“Artículo 400. Las parejas adoptantes de embriones no podrán procurar la maternidad asistida o subrogada, ni contratar el vientre de una tercera mujer para la gestación del embrión. En la adopción de embriones queda prohibido seleccionar el sexo del niño a adoptar, ni se podrá rechazar el producto si éste nace con alguna enfermedad o defecto físico”<sup>125</sup>.

El numeral antes descrito no contiene sanción alguna para las partes que realicen el procedimiento, además que la figura de la filiación puede ocasionar problemas pues el arábigo 312 de la legislación sustantiva del Estado señala que: se presumen hijos de los cónyuges en el caso de los hijos nacidos como producto de la aplicación de las técnicas de reproducción humana, siempre que no exista una revocación en el consentimiento para ello.

“Artículo 312. Se presumen hijos de los cónyuges:

I...

II..

III. Los hijos nacidos como producto de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, siempre y cuando no haya sido revocado el consentimiento para ello. Se presume revocado el consentimiento, por la simple disolución del vínculo matrimonial, salvo que se ratifique el consentimiento, por ambas partes, de que se reconozca como hijo de matrimonio el producto derivado de la aplicación de dichas técnicas. Ni el marido ni la mujer, cuando

---

<sup>125</sup> Código Civil de Querétaro, publicado en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado “la sombra de arteaga”, el 21 de octubre de 2009 (p. o. no. 80).

previa y expresamente hayan prestado su consentimiento a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrá impugnar la filiación del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación.”

En efecto, la pregunta es ¿Qué sucede si al momento de realizar el procedimiento el matrimonio se divorcia, posteriormente se reconcilian y se vuelven a casar? ¿Quedó revocado el consentimiento y después se volvió a dar? No existe una respuesta clara ante esta situación que puede llegar a acontecer; sin embargo, considero que, para no incurrir en este tipo de problemas, no debería existir la revocación del consentimiento por ninguna razón, pues el matrimonio otorgó su consentimiento al momento de comenzar con el proceso y deberían hacerse responsables de las decisiones que tomen, con independencia de su situación como pareja.

Por otro lado, la interpretación al numeral anterior sugiere que, aun cuando este prohibida la gestación sustituta, la filiación del menor se concede a favor de los comitentes, no así de la madre gestante; toda vez que la práctica mencionada, forma parte de las técnicas de reproducción asistida. Cuestión que considero acertada por parte del legislador queretano, ya que protege el interés superior del menor y sus derechos de filiación.

Llama la atención que, la referida Ley Sustantiva de la materia, se expidió y promulgó el 20 de octubre de 2009, abrogando así el anterior de fecha de 22 de noviembre de 1990. Es probable que, una de las razones de la expedición de una nueva reglamentación, se debió a la necesidad de regular las prácticas que



se estaban dando a partir de la creación de las nuevas formas de reproducción humana.

### 3.6.2. Coahuila

La legislación civil del Estado de Coahuila, reguló un capítulo específico acerca de la fecundación humana asistida, donde además señaló las consecuencias inherentes a la filiación. Sin embargo, el capítulo fue derogado el 15 de diciembre de 2015, por lo que a partir de esa anualidad, Coahuila forma parte de los estados en los que la gestación sustituta no está regulada, no obstante, a manera de exposición, realizaré un análisis del mismo, a fin de conocer los alcances que tuvo<sup>126</sup>.

Al respecto, se determinó que todo contrato de gestación sustituta que se realice en su territorio, no tendrá ningún efecto legal.

“ARTÍCULO 489. Todo pacto o convención que verse sobre la procreación o gestación realizado en nombre de otra persona es inexistente.”

Se hace necesario determinar que se entiende por inexistencia, a efecto de conocer las consecuencias de la misma. La teoría clásica de las ineficacias del acto jurídico solo contempla a la nulidad absoluta y la nulidad relativa, mientras que la teoría francesa, a través de uno de sus más importantes expositores como Marcelo Planiol, consideró los elementos de existencia del acto jurídico, y por el

---

<sup>126</sup>VOLUNTAD PROCREACIONAL: PRESUPUESTO PARA LA FILIACIÓN DERIVADA DE PROCEDIMIENTOS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN EL CONTEXTO MEXICANO <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/15225/16297>. Consultado el 17 de enero de 2022.

otro, los requisitos de validez, y es así, como se creó la diferencia entre la inexistencia y la nulidad<sup>127</sup>.

De modo que, conforme a la teoría francesa, aquella conducta humana es inexistente como acto jurídico para el derecho, por carecer de un elemento esencial, en consecuencia, el acto se confunde con la nada y el derecho no tiene que ocuparse de él, por lo que no produce efecto jurídico alguno<sup>128</sup>.

Por otra parte, en el acto nulo, se dan los elementos de inexistencia, pero de modo imperfecto; por ello es que no se produce ningún efecto, o solo se producen de manera provisional, puesto que se destruirán de manera retroactiva, cuando exista el pronunciamiento proveniente de la autoridad judicial. Dicha teoría hace una clasificación<sup>129</sup>:

- Nulidad absoluta o de pleno derecho: Se actualiza con el nacimiento del acto, cuando el mismo va en contra de una norma de orden público y conforme a la tesis, el acto nulo de pleno derecho se asimila a la inexistencia, por lo que no produce efecto legal alguno.
- Nulidad relativa o anulabilidad: el acto se encuentra viciado desde el

---

<sup>127</sup> MIRAMÓN PARRA, A. Teoría de las nulidades e ineficacia del acto jurídico, conferencias en homenaje a la Universidad Nacional Autónoma de México por su centenario. Colegio de Profesores de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la UNAM, México, D.F., octubre 2009, Págs. 219.

<sup>128</sup> GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, décima séptima edición adicionada y puesta al día por Raquel S. Contreras López, Porrúa, 2008. Apartados 97 al 99, pp. 121-123. Citado por Miramón Parra, A. Teoría de las nulidades e ineficacia del acto jurídico, conferencias en homenaje a la Universidad Nacional Autónoma de México por su centenario. Colegio de Profesores de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la UNAM, México, D.F., octubre 2009. Pág. 75.

<sup>129</sup> Ibidem, pág 76.

nacimiento, pero produce sus efectos, pero serán anulados cuando el juez declare su nulidad y solo puede ser invocada por las personas que establece la ley y es susceptible de convalidarse por prescripción y confirmación.

Posteriormente, el legislador coahuilense determinó las consecuencias que conlleva el realizar un contrato de gestación por sustitución en contravención de la ley:

“ARTÍCULO 491. El contrato de maternidad subrogada es inexistente y por lo mismo no producirá efecto legal alguno. Si un óvulo fecundado fuese implantado en una mujer de quien no proviniera el material genético, la maternidad se atribuirá a ésta y no a quien lo aportó.”

Definitivamente, la teoría francesa se encontró plasmada en el Código Civil de Coahuila, ya que se determinó que la consecuencia de la inexistencia, era la no producción de los efectos jurídicos, sin embargo, considero que es por la razón de contravenir a una norma de orden público, más que por la falta de algún elemento esencial.

Además, el legislador determinó que, aunque la madre de intención aportará su material genético en la gestación, la maternidad se atribuía a la gestante y no a la comitente, aunado a que se utilizó la palabra maternidad y no filiación.

### 3.6.3. Tabasco

Respecto al estado de Tabasco, los legisladores en 1997, permitieron la realización de la gestación por sustitución, al hacer mención expresa en los párrafos tercero, cuarto y quinto del artículo 92 del Código Civil para su estado<sup>130</sup>, lo siguiente:

“ARTICULO 92. Deber de reconocer al hijo

...

Párrafo tercero: En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena.

Párrafo cuarto: Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción.

Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso.

Párrafo quinto: Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustituta, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su esposo, el Oficial del Registro Civil no podrá asentar como padre a otro que no

---

<sup>130</sup> Código Civil de Tabasco, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 9 de abril de 1997.

sea el mismo marido, excepto que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare.”

En primer lugar, de la interpretación del numeral anterior se entiende que, se soluciona la forma en la que se concede la maternidad en el caso de llevarse a cabo el procedimiento de gestación sustituta, toda vez que se presume como madre legal a la mujer contratante con independencia de si aportó o no sus gametos.

Lo anterior, queda reforzado con lo establecido en el numeral 347 del Código Civil de Tabasco, que señala<sup>131</sup>:

“Artículo 347.

Tercer párrafo: ...cuando en el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata, ya sea que esta última provea o no el óvulo. Esto es, cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido como resultado de una transferencia de embrión, la madre contratante deberá ser considerada la madre legal del niño y éste será considerado hijo legítimo de la mujer que contrató.”

Al respecto, considero que al igual que en Coahuila, el legislador de Tabasco también utilizó la palabra maternidad para referirse a la figura jurídica de la filiación, y por ende considero relevante analizar la misma. Así, en sentido amplio por filiación se entiende “la relación jurídica entre los progenitores y sus

---

<sup>131</sup> Código Civil de Tabasco, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 9 de abril de 1997.

descendientes” y en sentido estricto se refiere a “las relaciones jurídicas que surgen entre el padre o la madre y su hijo”<sup>132</sup>.

Bajo ese contexto, al ser la filiación una fuente del parentesco, las consecuencias que se actualizan son semejantes y por lo mismo los derechos de alimentos, de sucesión legítima y las prohibiciones al matrimonio serán siempre efectos derivados de la misma, aunque el efecto fundamental será actualizar los derechos y obligaciones de la patria potestad<sup>133</sup>.

Por otro lado, la doctrina ha clasificado la filiación y el Código Civil Federal la ha recogido y la ha añadido de la siguiente forma:

- Filiación matrimonial: es aquella que deriva cuando los hijos son concebidos durante el matrimonio; podían nacer y ser reconocidos como hijos legítimos después de disuelto el vínculo matrimonial. La consecuencia de este tipo de filiación es que la maternidad y paternidad se establece automáticamente a favor de los progenitores, salvo prueba en contrario<sup>134</sup>.
- Filiación extra matrimonial: aquella que se establecía entre los padres y los hijos, cuando los últimos nacían fuera del matrimonio. En este caso, la filiación se establecía automáticamente a favor de la madre, pero no hacia el

---

<sup>132</sup> DE LA MATA PIZANA, Roberto. Derecho Familiar y sus reformas más recientes a la legislación del Distrito Federal. 4ed. Ed. Porrúa. México. 2008. p. 242.

<sup>133</sup> Ibidem, pág. 245

<sup>134</sup> Artículo 324 del Código Civil Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928.

padre, toda vez que se confería hasta la existencia de un reconocimiento voluntario o declaración judicial.<sup>135</sup>

- Filiación de reconocimiento de hijos: aquella en la que los hijos fueron concebidos antes del matrimonio, pero que nacen durante del mismo. Este tipo de legitimación tenía como finalidad obtener el estado de hijo legítimo<sup>136</sup>.

En efecto, la existencia de los tipos de filiación y la clasificación que hace la doctrina y que en varias legislaciones se encuentra regulada de esa forma, se concede respecto de la condición de nacimiento de los hijos o el estado civil de los padres; sin embargo, la tendencia es que desaparezca, porque la filiación, además de proporcionar identidad al menor, también implica las responsabilidades de guarda, crianza y educación. Por ello, no debe estar sujeto a condiciones que no atañen a los hijos, sino que es necesario entender que se crea un vínculo con independencia de que la pareja esté o no casada, o si es producto de una técnica de reproducción humana asistida.

Hoy en día, es necesario que la regulación de las relaciones entre padres e hijos se haga sin pautas de discriminación contra los menores, reconociendo a todos el mismo estado y los mismos derechos, independientemente de las circunstancias anteriores.

---

<sup>135</sup> Artículo 327 del Código Civil Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928.

<sup>136</sup> Artículo 328 del Código Civil Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928.

En segundo lugar, se advierte en el Código Civil de Tabasco, la existencia de una clasificación de la madre gestante, dependiendo de si aportó o no material genético:

- Madre gestante sustituta: aquella mujer que solo aporta el componente para la gestación, pero no el componente genético.<sup>137</sup>
- Madre subrogada: es aquella que provee el componente para la gestación y además aporta su material genético<sup>138</sup>.

Y por otro lado, la referida ley sustantiva define que se entiende por madre contratante, mencionando que es “la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso”<sup>139</sup>.

Conviene resaltar que, establecer una definición y clasificación es útil ya que se evita caer en interpretaciones erróneas, así como en ambigüedades y vaguedades; sin embargo, considero que, en este caso, solo debería usarse el término de “madre gestante sustituta” y solo especificar si se aportó o no el material genético.

Por último, en relación a la filiación del padre contratante, el Código Civil del estado de Tabasco prevé lo siguiente: “Salvo en el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustituta, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su esposo, el Oficial del Registro Civil no podrá

---

<sup>137</sup> Artículo 92 del Código Civil de Tabasco, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 9 de abril de 1997.

<sup>138</sup> Idem.

<sup>139</sup> Idem



asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, excepto que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare”<sup>140</sup>.

En otras palabras, en el caso de que la madre gestante tenga esposo, no se presumirá la paternidad del mismo, sino que como se presume la maternidad de la comitente, también se deberá presumir la paternidad a favor del padre contratante, en el caso de existir, y a ambos se les conferirá la filiación.

No solo el numeral anterior determina la forma en la que se debe presumir la paternidad, sino que también se confirma más adelante, conforme a lo siguiente:

“Artículo 360. Situación de maternidad sustituta.

Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido como resultado de un contrato de maternidad sustituta, el hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido y por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es hijo suyo”<sup>141</sup>.

Sin embargo, aunque exista una presunción sobre la filiación materna y paterna, en el caso de que participe una madre subrogada, los contratantes tendrán que seguir el procedimiento de adopción plena<sup>142</sup> para que la misma se les confiera.

---

<sup>140</sup> Artículo 92 del Código Civil de Tabasco, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 9 de abril de 1997.

<sup>141</sup> Código Civil de Tabasco, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 9 de abril de 1997.

<sup>142</sup> En la adopción plena por regla general, el adoptado ingresa como hijo consanguíneo a la familia del adoptante, mientras que en la adopción simple los efectos de la filiación y el parentesco se dan solamente entre el adoptante y el adoptado.

El procedimiento se encuentra establecido en el artículo 399 del Código Civil de Tabasco, que señala los requisitos para que tenga lugar:

“Artículo 399.- Requisitos para que la adopción plena tenga lugar se requiere:

- I. Que los adoptantes sean un varón y una mujer casados entre sí o que vivan públicamente como marido y mujer, sin tener ningún impedimento para contraer matrimonio entre sí;
- II. Los adoptantes deben tener como mínimo cinco años de vivir como marido y mujer;
- III. Que el menor a adoptar no tenga más de cinco años de edad, se trate de un niño abandonado o de padres desconocidos, sea pupilo en casa de cuna o instituciones similares, o sea producto de un embarazo logrado como consecuencia del empleo de inseminación artificial o fertilización in vitro con la participación de una madre sustituta que haya convenido con los presuntos padres darlo en adopción;
- IV. Que los adoptantes tengan medios bastantes para proveer a la formación y educación integral del adoptado; y
- V. La adopción debe fundarse sobre justos motivos y presentar siempre ventajas para el adoptado”<sup>143</sup>.

De manera que, de la interpretación del numeral anterior se desprende que, solo podrán adoptar las parejas, es decir, no se admite que solo una persona pueda realizar el procedimiento de gestación por sustitución por medio de una

---

<sup>143</sup> Código Civil de Tabasco, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 9 de abril de 1997.

madre subrogada; además de que las parejas tienen que ser heterosexuales, toda vez que se señala expresamente que solo podrán adoptar un varón y una mujer, aunado a que las parejas tienen que estar forzosamente casadas, por lo que no se admitirá un concubinato.

En efecto, en Tabasco no está permitido el matrimonio entre personas del mismo sexo, toda vez que el artículo 154 del Código Civil de Tabasco, señala que: “pueden contraer matrimonio: el hombre y la mujer que han cumplido dieciocho años de edad.”, por lo que el matrimonio entre personas del mismo sexo, no está permitido. Al respecto, la primera sala del Tribunal Supremo de nuestro país emitió la siguiente jurisprudencia:

“MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. LAS NORMAS CIVILES QUE DEFINEN LA INSTITUCIÓN DEL MATRIMONIO COMO LA QUE SE CELEBRA ENTRE UN SOLO HOMBRE Y UNA SOLA MUJER, CONTIENEN UNA DISTINCIÓN CON BASE EN UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA. Las normas civiles que definen al matrimonio como el celebrado entre "un solo hombre y una sola mujer", y/o que establecen entre sus objetivos que "se unen para perpetuar la especie", prevén una distinción implícita entre las parejas conformadas por personas heterosexuales y las conformadas por personas homosexuales, pues mientras a las primeras se les permite el acceso al matrimonio, a las segundas se les niega esa posibilidad. Así, para poder establecer si existe una distinción implícita no es suficiente saber quiénes tienen el poder normativo en cuestión, sino conocer qué se les permite hacer a esas personas. Aunque este tipo de normas concedan el poder normativo para

casarse a cualquier persona, con independencia de su preferencia sexual, si ese poder únicamente puede ejercitarse para contraer matrimonio con alguien del sexo opuesto, es indudable que sí comportan en realidad una distinción basada en las preferencias sexuales, porque una persona homosexual únicamente puede acceder al mismo derecho que tiene una persona heterosexual, si niega su orientación sexual, lo que es precisamente la característica que lo define como tal. De lo anterior se concluye que este tipo de normas se encuentran basadas implícitamente en una categoría sospechosa, toda vez que la distinción que trazan para determinar quiénes pueden utilizar el poder normativo para crear un vínculo matrimonial se apoya en las preferencias sexuales de las personas, las cuales constituyen uno de los criterios enunciados en el último párrafo del artículo 1o. de la Constitución<sup>144</sup>.

Dicho de otra manera, considero que las normas del matrimonio en Tabasco son discriminatorias y como consecuencia, también lo son las de gestación por sustitución, toda vez que las parejas homosexuales no pueden acudir a este método para tener un hijo, ya que solo pueden acceder a ella por medio de la madre subrogada, para posteriormente adoptarlo, cuestión que no es permitida por las normas de adopción en Tabasco.

---

<sup>144</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Matrimonio entre personas del mismo sexo. Las normas civiles que definen la institución del matrimonio como la que se celebra entre un solo hombre y una sola mujer, contienen una distinción con base en una categoría sospechosa”, jurisprudencia, Amparo en revisión 263/2014. 24 de septiembre de 2014. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular, en el que estima que en el caso no existió acto concreto de aplicación de la norma impugnada, Décima Época, Primera Sala, en Semanario Judicial de la Federación, Tomo I, pág. 186.

Asimismo, la Suprema Corte de Justicia entiende que el derecho a conformar una familia, también les corresponde a las parejas conformadas por el mismo sexo, pudiendo utilizar los métodos de reproducción humana asistida, emitiendo la siguiente jurisprudencia:

“DERECHO A LA VIDA FAMILIAR DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO. A partir de las consideraciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la similitud entre las parejas homosexuales y heterosexuales en cuanto a su capacidad de desarrollar una vida familiar, la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación entiende que la vida familiar entre personas del mismo sexo no se limita únicamente a la vida en pareja, sino que puede extenderse a la procreación y a la crianza de niños y niñas según la decisión de los padres. Así, existen parejas del mismo sexo que hacen vida familiar con niños y niñas procreados o adoptados por alguno de ellos, o parejas que utilizan los medios derivados de los avances científicos para procrear”<sup>145</sup>.

Por lo anterior, estimo que, aunque exista una reglamentación que permita la gestación por sustitución, la misma es discriminante por razón de resultado, que sucede cuando las normas y prácticas son aparentemente neutras, pero el resultado de su contenido o aplicación constituye un impacto desproporcionado

---

<sup>145</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Derecho a la vida familiar de las parejas del mismo sexo, Amparo en revisión 581/2012, 5 de diciembre de 2012, Unanimidad de cuatro votos, Décima Época, Primera Sala, en Semanario Judicial de la Federación, Tomo I, pág. 127.

en personas o grupos en situación de desventaja histórica, sin que exista para ello una justificación objetiva y razonable<sup>146</sup>.

Además, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prohíbe dentro del capítulo “De los Derechos Humanos y sus Garantías”, la discriminación en cualquiera de sus formas:

“Artículo 1o. ...Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”<sup>147</sup>.

Todos estamos obligados a respetar los derechos humanos de las demás personas; sin embargo, según el mandato constitucional, quienes tienen mayor obligación en este sentido son las autoridades gubernamentales, es por ello que el tercer párrafo del artículo 1° de la Carta Magna señala lo siguiente:

“Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar,

---

<sup>146</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Discriminación por objeto y por resultado. Su diferencia, Acción de inconstitucionalidad 8/2014, Comisión de Derechos Humanos del Estado de Campeche. 11 de agosto de 2015, Mayoría de nueve votos en relación con el sentido de la sentencia respectiva, Décima Época, Pleno, en Semanario Judicial de la Federación, Tomo I, pág. 255.

<sup>147</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917.

sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”<sup>148</sup>.

Del contenido del párrafo anterior, se advierte que contiene diversas obligaciones a cargo de las autoridades, entre las que se encuentran<sup>149</sup>:

- Respetar. Las autoridades están obligadas a no interferir, obstaculizar o impedir el goce de los derechos humanos. La obligación de respeto que debe cumplir la autoridad se puede entender también como la abstención de realizar actos u omisiones que lesionen tus derechos humanos, pues ellos sirven como un de protección frente a las actuaciones de la autoridad, sea ésta judicial, legislativa o administrativa.
- Promover. Todos los servidores, dentro de sus competencias, deben difundir información a las personas sobre sus derechos humanos.
- Proteger. Esta obligación consiste en que los servidores públicos tienen que adoptar las medidas necesarias para proteger los derechos humanos, incluso frente a particulares; es decir, deben impedir que alguien viole derechos humanos.
- Garantizar. Las autoridades se encuentran obligadas a otorgar los mecanismos necesarios para asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos y de esta forma evitar que sean vulnerados.

---

<sup>148</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917.

<sup>149</sup>Cfr. CNDH. “Derechos Humanos en el artículo 1º Constitucional: obligaciones, principios y tratados”, primera edición, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, México, 2015, pág. 19.

Finalmente, además de las obligaciones anteriores, el multicitado artículo impone otras que consisten en prevenir las violaciones a los derechos humanos; investigar cualquier violación hacia tus derechos; sancionar a los responsables de haberlos vulnerado en cualquier forma, y otorgar la reparación integral correspondiente.

Al respecto, considero que le correspondía al Congreso de Tabasco proteger el derecho humano a la no discriminación, regulando la gestación por sustitución de conformidad a la Constitución, respetando los derechos fundamentales, permitiendo que la filiación se presuma a favor de los comitentes con independencia si participó una madre sustituta o subrogada.

De ahí que, se propone que el artículo 92 del Código Civil de Tabasco, en su parte conducente, quede en los siguientes términos:

“Artículo 92.- Deber de reconocer al hijo

Tercer párrafo: En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta o subrogada, se presumirá la filiación del contratante o contratantes, ya que este hecho implica su aceptación”.

En consecuencia, ya no será necesario la aplicación de las normas de la adopción, que como ya se analizó, atenta contra los derechos humanos, aunado a que se obtendrá el mismo resultado, es decir, el vínculo filial entre los padres de intención y el menor de edad.

De esta manera, en 1997 el Código Civil de Tabasco estableció una regulación mínima en relación a la gestación por sustitución, pues en el numeral



92 se limitó a definir algunos aspectos de la figura, sin establecer alguna protección para las mujeres gestantes, requisitos o restricciones con respecto a quién podía acceder a la práctica. Tampoco contempló la intervención de alguna autoridad para vigilar y regular el contrato<sup>150</sup>.

Desde hace veinte años aumentó de manera considerable el número de personas y parejas de otros países que viajaban al estado a realizar contratos de este tipo, dado que en el año de 2012 la India, el entonces mayor destino de gestación subrogada en el mundo, modificó su legislación para imponer restricciones importantes a personas extranjeras y parejas del mismo sexo. En 2014, Tailandia hizo lo propio, lo cual también derivó en un mayor número de casos en México. Así, los cambios en el ámbito internacional tuvieron un efecto importante para que Tabasco se convirtiera, aunque en menor medida, en un destino nacional e internacional de gestación por sustitución y los problemas con su normativa comenzaron a hacerse visibles<sup>151</sup>.

En respuesta a esta situación, el gobierno del estado de Tabasco en 2016, envió una iniciativa al congreso del estado para incluir el capítulo 6 bis, “De la gestación asistida y subrogada”. Sin embargo, la reforma aprobada, no aclaró

---

<sup>150</sup> Cfr. GRUPO DE INFORMACIÓN EN REPRODUCCIÓN ELEGIDA, “Gestación Subrogada en México, resultados de una mala regulación”, en <https://gestacion-subrogada.gire.org.mx/#/>. Consultado el 17 de enero de 2022.

<sup>151</sup> Idem.

qué ocurriría con aquellos contratos firmados antes de esta fecha, pero cuyos efectos ocurrirían con posterioridad a la misma<sup>152</sup>.

Indiscutiblemente, la reforma sentó las bases en las que se desarrollaría la gestación por sustitución, dando parámetros y lineamientos que ambas partes deben cumplir para acceder a ella. En primer lugar, se determinó que sólo se llevaría a cabo cuando exista una imposibilidad física por parte de la madre pactante, es decir, si la madre contratante no desea tener hijos de forma natural por diversa razón a una imposibilidad física, no le será posible recurrir a dicha técnica.

#### “Artículo 380 Bis 1.- Gestación por Contrato

La gestación por contrato se efectuará a través de la práctica médica, mediante la cual una mujer gesta el producto fecundado por los padres contratantes, cuando la madre pactante padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero”<sup>153</sup>.

Posteriormente, se determinaron los requisitos exigidos a la madre gestante, que es la encargada de llevar a cabo el embarazo y entregar al menor a los contratantes<sup>154</sup>.

---

<sup>152</sup> GRUPO DE INFORMACIÓN EN REPRODUCCIÓN ELEGIDA, “Gestación Subrogada en México, resultados de una mala regulación”, en <https://gestacion-subrogada.gire.org.mx/#/>. Consultado el 17 de enero de 2022.

<sup>153</sup> Código Civil de Tabasco, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 9 de abril de 1997.

<sup>154</sup> Artículo 380 Bis 3 del Código Civil de Tabasco, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 9 de abril de 1997.

- La mujer que quiera ser madre gestante, tendrá que comprobar que su entorno es estable, libre de violencia y que su condición física y psicológica sea adecuado para el embarazo. Para ello, la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado le realizará un perfil clínico, psicológico y social.
- No deberá padecer alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía.
- La edad mínima para ser contratada como gestante, es 25 años y podrá hacerlo hasta los 35.
- Otorgar su consentimiento de forma expresa, firmando el contrato todas las partes que intervenga, incluyendo el cónyuge o concubino, en caso de que exista; ante notario público.
- Acreditar mediante un dictamen médico oficial, no haber estado embarazada 365 días antes del inicio del procedimiento médico.
- No haber participado más de dos veces en el multicitado procedimiento.

No obstante, el requisito que determina que: “la mujer gestante no debió haber participado más de dos veces”, es ambiguo y pone en riesgo la seguridad jurídica de las partes, toda vez que se puede interpretar de diversas formas, es decir, no deja claro si el límite de participaciones se refiere a intentos de implantación, embarazos o nacimientos producto de un acuerdo de gestación subrogada y considerando que, la falta de cumplimiento de estos requisitos es

causa de nulidad del contrato, resultaría importante que se aclarara a qué se refiere<sup>155</sup>.

Asimismo, el referido numeral señala que, en el supuesto de que la madre contratada y su cónyuge o concubino en caso de existir, demanden la paternidad del menor nacido a consecuencia del acuerdo, solo se les otorgará la custodia del mismo, cuando se acredite la incapacidad o muerte de la madre o padre contratantes<sup>156</sup>.

También, incluyeron las obligaciones a cargo de las clínicas y el notario que intervengan en el procedimiento<sup>157</sup>:

- Requisitos de las clínicas de reproducción humana asistida:
  - Deberán estar previamente acreditados y autorizados por la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado para la prestación de esos servicios;
  - Las clínicas deberán contar con la licencia sanitaria correspondiente.
- Requisitos para los notarios que participen en el contrato:
  - Informar en un plazo de veinticuatro horas a la Secretaría de Salud y al Registro Civil del Estado, mediante copia certificada del instrumento celebrado entre las partes.

---

<sup>155</sup> Cft. GRUPO DE INFORMACIÓN EN REPRODUCCIÓN ELEGIDA, "Gestación Subrogada en México, resultados de una mala regulación", en <https://gestacion-subrogada.gire.org.mx/#/>. Consultado el 17 de enero de 2022.

<sup>156</sup> Artículo 380 Bis 3 del Código Civil de Tabasco, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 9 de abril de 1997.

<sup>157</sup> Idem.

Por otro lado, dicho Código Civil incluyó las causas de nulidad del contrato, mencionando algunas de las que se encuentran en la Teoría General de las Obligaciones:

“Artículo 380 Bis 4.- Nulidad de Contrato de Gestación.

El contrato de gestación será nulo si se realiza bajo las siguientes circunstancias:

- I. Exista algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas;
- II. No cumpla con los requisitos y formalidades que señala este Código;
- III. Se establezcan compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del niño y la dignidad humana;
- IV. Intervengan agencias, despachos o terceras personas; y
- V. Se establezcan compromisos o cláusulas que contravengan el orden social y el interés público.”

Sin embargo, también determinó que en caso de que concurra alguna de las causas de nulidad, no afectará los derechos y obligaciones que contrajeron las partes. Empero, no señala si se trata de nulidad absoluta o relativa.

Más aún, será necesario establecer qué implica la nulidad en casos de contratos de gestación subrogada en los que una mujer ya se encuentra embarazada o, incluso, cuando se descubren causas de nulidad tras el nacimiento de un menor producto de este contrato. Por ejemplo, si posterior al nacimiento de una niña o niño por gestación subrogada se descubre que la mujer gestante había participado en más de dos ocasiones en la práctica o que la madre contratante rebasa el límite de edad, ¿qué consecuencias tendría esto?,

¿una sanción a las partes?, ¿afectaría las condiciones de filiación del menor?  
¿Qué sucede con el menor?<sup>158</sup>

Bajo la premisa de que el procedimiento de gestación por sustitución es legal y se plasma en un contrato, el mismo deberá prever alguna sanción correspondiente en caso de que los datos aportados no sean correctos, puesto que el Código sustantivo de la materia no dice nada al respecto, por lo que no habría consecuencia alguna, ya que de considerar como sanción la afectación de la filiación del menor, se violentarían sus derechos humanos.

La falta de especificación sobre lo que implica la nulidad en estos casos es una omisión grave que puede afectar de manera particular a las mujeres gestantes, y a los infantes que nazcan de estos acuerdos, dejándolos en un estado de inseguridad jurídica<sup>159</sup>.

Por otro lado, la fracción cuarta del numeral 380 bis 4, establece una causal de nulidad en el caso de que intervengan: agencias, despachos o terceras personas. En relación a las agencias, es cierto que algunas de ellas, tanto nacionales e internacionales, han operado de manera irregular. A pesar de ello, la legislación pretender ignorar la existencia de intermediarios en la práctica, lejos de remediar estos problemas, contribuiría a exacerbarlos y a fomentar que

---

<sup>158</sup> Cfr. GRUPO DE INFORMACIÓN EN REPRODUCCIÓN ELEGIDA, "Gestación Subrogada en México, resultados de una mala regulación", en <https://gestacion-subrogada.gire.org.mx/#/>. Consultado el 17 de enero de 2022.

<sup>159</sup> Idem.

actúen en la clandestinidad, sin que alguna autoridad sea capaz de controlar su funcionamiento<sup>160</sup>.

Continuando con el análisis, tampoco es claro a qué tipo de “despachos” se refiere el numeral mencionado, es decir, si son despachos de naturaleza jurídica, psicológica, etc.; o bien, si la palabra despacho se utiliza como sinónimo de clínica, por lo que otra vez no existe seguridad jurídica. En cambio, los servicios que proveen, como asesoría psicológica, atención médica y representación jurídica, son elementos esenciales que no deben desaparecer<sup>161</sup>.

Así, la supuesta eliminación de “terceros” sólo dejaría a las mujeres gestantes, con frecuencia ya en un estado de desprotección importante, en una situación de mayor vulnerabilidad. Al contrario, la legislación debería reconocer la existencia de estos intermediarios, y definir qué instituciones deben encargarse de su regulación y vigilancia, como se hace en los casos de adopción en los que intervienen intermediarios regulados por el Estado<sup>162</sup>.

Ahora bien, el Código Civil de Tabasco dispone que, además de los elementos esenciales y requisitos de validez que debe concurrir en un contrato, y de los requerimientos previstos en el numeral 380 Bis 3, se debe cumplir con lo siguiente:

“Artículo 380 Bis 5.- Requisitos del Contrato de Gestación

---

<sup>160</sup> GRUPO DE INFORMACIÓN EN REPRODUCCIÓN ELEGIDA, “Gestación Subrogada en México, resultados de una mala regulación”, en <https://gestacion-subrogada.gire.org.mx/#/>. Consultado el 17 de enero de 2022.

<sup>161</sup> Idem.

<sup>162</sup> Idem

El contrato de gestación deberá ser suscrito por las partes, previo cumplimiento por parte de los contratantes de los siguientes requisitos:

- I. Ser ciudadanos mexicanos;
- II. Poseer plena capacidad de goce y ejercicio de sus derechos;
- III. La mujer contratante debe acreditar, mediante certificado médico expedido por el médico tratante de la institución acreditada, que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y que cuenta entre veinticinco y cuarenta años de edad;
- IV. La mujer gestante debe otorgar su aceptación pura y simple para que se lleve a cabo en su útero la implantación de la mórula y reconocer su obligación de procurar el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el periodo gestacional y a concluir la relación contratada, respecto al o los recién nacidos y los padres contratantes una vez producido el nacimiento; y
- V. Que la gestante cumpla con los requisitos establecidos en el presente Código”<sup>163</sup>.

A su vez, existen diversas críticas del numeral precitado, en primer lugar, en la fracción III del numeral reproducido no se encuentra una justificación para establecer que la contratante deba tener una edad entre los 25 y 45 años. Lo anterior, porque puede suceder que existan mujeres menores de 25 años que

---

<sup>163</sup> Código Civil de Tabasco, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 9 de abril de 1997.



tengan imposibilidad física para tener familia y mujeres mayores de 45 que precisamente por su edad, el embarazo pueda representar un riesgo físico.

Por otro lado, el mismo numeral en su párrafo tercero, refuerza lo señalado sobre la filiación a favor de los contratantes, al señalar lo siguiente: “Párrafo tercero: Una vez que sea suscrito el instrumento jurídico ante Notario Público, deberá ser aprobado por el Juez competente, a través de procedimiento judicial no contencioso, en el que se reconozca el vínculo entre los contratantes y el feto, a su vez que la gestante y, en su caso, su cónyuge o concubino renuncien a cualquier derecho de parentesco con el recién nacido”<sup>164</sup>.

Acerca de las responsabilidades y obligaciones a cargo de las partes, el artículo 380 bis 7, establece lo siguiente<sup>165</sup>:

- El contrato de gestación carece de validez cuando haya existido error o dolo respecto a la identidad de los padres contratantes por parte de la mujer gestante, en cuyo caso están a salvo sus derechos para demandar civilmente los daños y perjuicios ocasionados y presentar denuncias penales, en su caso.
- La gestante puede demandar a la madre y al padre contratantes el pago de gastos médicos, en caso de patologías genéticas y las que deriven de una inadecuada atención y control médico prenatal y postnatal.

---

<sup>164</sup> Código Civil de Tabasco, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 9 de abril de 1997.

<sup>165</sup> Idem.

- Es obligación de los padres contratantes garantizar con una póliza de seguro de gastos médicos mayores, expedido por una institución de seguros establecida legalmente en territorio nacional, que cubra los gastos originados en la atención del embarazo, parto y puerperio, a favor de la gestante sustituta o subrogada.
- Son responsables civilmente, aquellos médicos tratantes que realicen la implantación o fecundación de embriones humanos sin su consentimiento y sin la plena aceptación de las partes que intervienen.
- Los notarios públicos que indebidamente den fe o certifiquen contratos de gestación sin apego a las disposiciones jurídicas aplicables, serán separados definitivamente de su encargo, en términos de la Ley de la materia, sin demérito de las demás responsabilidades o delitos en que incurran.

El numeral anterior, representa un gran avance en materia de derechos humanos, dado que se dirige a proteger a una de las partes más vulnerables del contrato, a saber, a la madre gestante, ya que asume los mayores riesgos tanto físicos como mentales mientras dure el proceso, por lo que es un elemento positivo que puede contribuir a proteger su vida y salud. No obstante, permitir el pago exclusivamente de gastos médicos deja a estas sin la posibilidad de exigir otro tipo de gastos relacionados con su embarazo, como transporte, vestido y alimentación. Además, el pago de una compensación económica por un servicio de gestación es una realidad que debe reconocerse en la legislación, no sólo por respeto a la voluntad de las partes y la autonomía reproductiva de las mujeres gestantes, sino atendiendo a que, de otra manera, los acuerdos se llevarían a

cabo en la clandestinidad, dejando a las mujeres en una situación de vulnerabilidad mayor que la que viven en la actualidad<sup>166</sup>.

Por otro lado, considero que también se debió de incluir dentro de las mismas, una responsabilidad a cargo de la madre gestante en caso de que se rehúse a entregar al menor con posterioridad a su nacimiento, ya que como se mencionó anteriormente, el párrafo quinto del artículo 380 bis 3, solo prevé una excepción para que la misma pueda quedarse con la guardia y custodia, sin que se prevea algo en relación con el derecho de visita tendrían los padres genéticos.

Acerca de la reforma, la Procuraduría General de República, en ese entonces a cargo de la Procuradora Arely Gómez González, promovió una acción de inconstitucionalidad en 2016, bajo los siguientes argumentos<sup>167</sup>:

- Existe una invasión de competencias debido a que el artículo 380 Bis párrafo tercero refiere a la disposición post-mortem de gametos, materia de salubridad general de acuerdo con la Ley General de Salud.
- El requisito de autorización del cónyuge para la participación de una mujer en un proceso de gestación subrogada es contrario al derecho a la igualdad entre hombres y mujeres protegido por la Constitución.

---

<sup>166</sup> Cfr. GRUPO DE INFORMACIÓN EN REPRODUCCIÓN ELEGIDA, "Gestación Subrogada en México, resultados de una mala regulación", en <https://gestacion-subrogada.gire.org.mx/#/>. Consultado el 17 de enero de 2022.

<sup>167</sup> Idem.

- Que la regulación actual no se pronuncia con respecto a la materia del pago en un proceso de gestación subrogada que, de acuerdo con la PGR, debería de definirse como altruista.

En relación al primer argumento, el artículo 3° de la Ley General de Salud establece que, el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y células es materia exclusiva de salubridad general. Por lo tanto, la emisión de la normatividad aplicable a los servicios de reproducción asistida es competencia federal y, con fundamento en el artículo 73 constitucional, corresponde a la dicha ley establecer las bases para su regulación.

En México, se ha buscado corregir la ausencia de una regulación federal sobre reproducción asistida incluyendo disposiciones relacionadas con estas técnicas en códigos civiles y familiares; estos artículos, sin embargo, invaden competencias.

Por lo anterior, considero que el Congreso de la Unión debe encargarse de emitir una regulación sobre reproducción asistida que les permita legislar en el ámbito de su competencia y, al mismo tiempo, que incluya un marco normativo claro en la materia de gestación por sustitución, que sea compatible con los avances de la ciencia médica y con los derechos humanos.

En relación al segundo y tercer argumento, los elementos cuestionados por la entonces Procuraduría General de la República, hoy Fiscalía General de la República, son efectivamente inconstitucionales, la demanda no analiza temas sustantivos de derechos humanos, como los componentes discriminatorios de la

reforma descritos anteriormente, y los elementos ambiguos contenidos en la legislación como causas de nulidad en los contratos.

Después de la acción de inconstitucionalidad, existió una iniciativa local para derogar la multicitada reforma, el 28 de marzo de 2017, el Diputado Charles Méndez Sánchez del Partido de la Revolución Democrática, presentó una iniciativa en el Congreso del estado de Tabasco para derogar el capítulo VI Bis “De la Gestión Asistida y Subrogada” del código civil estatal incluido en 2016<sup>168</sup>.

A pesar de que dicho capítulo contiene elementos problemáticos, su derogación no es lo ideal. Además, la argumentación de la iniciativa presenta problemas graves desde una perspectiva de derechos humanos.

En primer lugar, es discriminatoria, al buscar prohibir las técnicas de reproducción asistida y, de esta manera, excluir de forma automática a todas aquellas personas cuya única opción de ser madres y padres biológicos es a través del uso de estos métodos, además de no permitirles beneficiarse de los avances de la ciencia médica y ejercer su derecho a crear una familia establecido en el artículo 4° Constitucional<sup>169</sup>.

Asimismo, la referida iniciativa contempla la necesidad de “proteger” al embrión humano, lo cual contraviene la jurisprudencia de la Corte Interamericana

---

<sup>168</sup> GRUPO DE INFORMACIÓN EN REPRODUCCIÓN ELEGIDA, “Gestación Subrogada en México, resultados de una mala regulación”, en <https://gestacion-subrogada.gire.org.mx/#/>. Consultado el 17 de enero de 2022.

<sup>169</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917

de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica<sup>170</sup>, que consideró que “la concepción” debe ser entendida como “implantación”.

Adicionalmente, el siete de septiembre de dos mil veintiuno, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resolvió por unanimidad de diez votos sobre la inconstitucional criminalizar el aborto de manera absoluta, aduciendo que el producto de la gestación merece una protección que incrementa en el tiempo, a medida que avanza el embarazo. Sin embargo, precisó que esa protección no puede desconocer los derechos de las mujeres y personas gestantes a la libertad reproductiva.

Por último, supone que la gestación sustituta necesariamente representa una “mercantilización de la vida humana”, una imprecisión conceptual y jurídica que ignora que la gestación subrogada puede ser un acuerdo legítimo entre personas en ejercicio de su autonomía reproductiva, cuando los criterios de la práctica son permitidos y vigilados por las autoridades para garantizar que se protejan los derechos humanos de todas las partes.

A pesar de que, de acuerdo con su exposición de motivos, la intención de esta iniciativa es la erradicación de la práctica en el estado, en realidad contempla derogar exclusivamente el Capítulo VI Bis del código civil y esto dejaría vigente el artículo 92 del mismo código, con el cual la práctica continuaría

---

<sup>170</sup> Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, párrafo 264. Disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen\\_257\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_257_esp.pdf). Consultado el 17 de enero de 2022.

siendo permitida en el estado, pero bajo la legislación anterior a la reforma de 2016. Esto es, de votar dicha iniciativa a favor, se regresaría a la regulación vigente desde 1997, misma que no contenía algunos de los elementos problemáticos aquí descritos, pero carecía de protecciones importantes a las partes participantes en estos acuerdos.

#### 3.6.4. Sinaloa

Sinaloa es uno de los Estados que cuenta con un Código especial para regular la materia familiar. Así, el 6 de febrero de 2013 fue publicado el Decreto número 742 del Congreso del Estado, mediante el cual se expidió y entró en vigor a los treinta días posteriores de su publicación en el Periódico Oficial del Estado<sup>171</sup>.

Ahora bien, el Código Familiar de Sinaloa, es el único en México que regula expresamente la gestación sustituta y que prevé la posibilidad de que sea altruista o comercial. Así, el artículo 283 señala que: “La maternidad subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando la mujer, padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento”<sup>172</sup>.

---

<sup>171</sup> Código Familiar de Sinaloa, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 6 de febrero de 2013.

<sup>172</sup> Idem.

De la definición anterior, se desprenden diversas características que son desarrolladas en los artículos posteriores:

- Las modalidades de la gestación por sustitución son:

“Artículo 284. 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 contratante;
- 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”<sup>173</sup>.

De la interpretación del numeral anterior, se desprende que no solo los matrimonios heterosexuales pueden contratar, sino que también admite que sea

---

<sup>173</sup> Código Familiar de Sinaloa, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 6 de febrero de 2013.



una persona individual. Sin embargo, como ya se precisó, esto representa una discriminación en contra de las parejas homosexuales.

Posteriormente, el Código Familiar de esa entidad federativa, señala a *contrario sensu* los requisitos<sup>174</sup> que debe reunir una mujer para que pueda ser gestante:

- La edad de la mujer debe ser entre los 25 y 35 años.
- Tener un hijo consanguíneo sano.
- Tener una buena salud psicosomática.
- Dar su consentimiento voluntario.
- No padecer alcoholismo, drogadicción, tabaquismo, o alguna toxicomanía.
- Acreditar mediante dictamen médico que no estuvo embarazada durante los trescientos sesenta y cinco días previos al inicio del procedimiento, y que no ha participado más de dos ocasiones consecutivas en dicho procedimiento
- Además, se le realizará una visita domiciliaria para corroborar que su entorno familiar sea estable, libre de violencia y su condición económica y social sea favorable para su adecuado desarrollo<sup>175</sup>.

Al respecto, considero que no existe una justificación para determinar que, la edad máxima para gestar de mujer deba ser entre los 25 y 35 años de edad, toda vez que es subjetivo, ya que, si goza de buena salud, se encontrará en

---

<sup>174</sup> Artículo 285 del Código Familiar de Sinaloa, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 6 de febrero de 2013.

<sup>175</sup> Idem.

buenas condiciones para gestar a un menor viable, con independencia de su edad.

Igualmente, estimo que el requisito de tener un hijo consanguíneo es discriminatorio; en primer lugar porque es incorrecta la presunción de que la madre gestante se rehusará a entregar al menor después del alumbramiento, ya que las encuestas y estudios científicos refieren lo contrario, por lo que solo lograron crear una distinción; y, en segundo lugar, al mencionar que el menor debe ser sano, debe decirse que, resulta confuso pues, ¿si tiene algún tipo de discapacidad, sigue siendo sano? o bien, ¿se refiere a que pueda tener algún tipo de enfermedad? por lo que de igual forma, puede existir riesgo a discriminar.

Por otro lado, en cuanto a los requisitos de los comitentes, hay que mencionar que existe una restricción para las parejas homosexuales, porque solo reconoce que pueden contratar los matrimonios heterosexuales y las personas solas. También se exige que en el caso que participe una mujer como contratante, la misma tenga que padecer de una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación<sup>176</sup>.

Los requisitos del contrato de gestación por sustitución son los siguientes:

- Solo pueden ser parte los mexicanos.

---

<sup>176</sup> Artículo 290 del Código Familiar de Sinaloa, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 6 de febrero de 2013.

- El contrato debe realizarse ante Notario Público, quien tendrá a cargo la verificación del cumplimiento de los requisitos de las partes.
- El consentimiento indubitable y expreso, deberá manifestarse en el “Instrumento para la Maternidad Subrogada” que deberá ser firmado por los comitentes, la madre gestante, el intérprete si fuera necesario, el Notario Público y el director de la clínica o centro hospitalario donde se realizó el procedimiento, asentándose el lugar, año, mes día y hora en que se hubiere otorgado.

Al igual que el Estado de Tabasco, Sinaloa también estableció el requisito de nacionalidad, reiterando el trato diferenciado que existe hacia los no nacionales, que pudieran contar con residencia permanente o temporal.

En relación a la nulidad del contrato, los legisladores determinaron lo siguiente:

“Artículo 288. Es nulo el Instrumento para la maternidad subrogada realizado bajo las siguientes circunstancias:

- I. Exista algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas;
- II. No cumpla con los requisitos y formalidades que señala este Código;
- III. Se establezcan compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del niño y la dignidad humana; y,
- IV. Se establezcan compromisos o cláusulas que contravengan el orden social y el interés público.

La nulidad del documento no lo exime de las responsabilidades adquiridas y derivadas de su existencia<sup>177</sup>.

Conjuntamente, se imponen obligaciones a los médicos<sup>178</sup> :

- Informarán ampliamente de las consecuencias médicas y legales de la implantación de los pre embriones y embriones en el cuerpo de una mujer gestante.
- Actuarán con estricto apego al secreto profesional, respecto a la identidad de las personas que intervienen en la implantación.
- Deberán solicitar los documentos que acrediten que las personas que van a intervenir, cumplen con las formalidades y requisitos legales y físicos.
- Realizarán los exámenes médicos previos a la implantación y que sean necesarios de la salud física y mental de la mujer gestante, para cerciorarse que no posee ningún padecimiento que ponga en riesgo el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el período gestacional.

Por lo que respecta a la filiación, el Código Familiar de Sinaloa resuelve a favor de los contratantes, otorgándoles la misma con anterioridad al nacimiento del menor, mediante un certificado de nacimiento, regulado de la siguiente manera:

---

<sup>177</sup> Código Familiar de Sinaloa, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 6 de febrero de 2013.

<sup>178</sup> Artículo 289 del Código Familiar de Sinaloa, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 6 de febrero de 2013.

“Artículo 293. Una vez que sea suscrito el instrumento, deberá ser notificado en sus efectos a la Secretaría de Salud y al oficial del registro civil, para que el estado de la persona menor nacida mediante esta práctica, sea contemplado en su filiación como hijo desde el momento de la fecundación de sus progenitores biológicos, es decir, madre y padre o madre subrogados”<sup>179</sup>.

“Artículo 294. El certificado de nacimiento será el documento que expida el médico autorizado o tratante que haya asistido a la mujer gestante en el nacimiento del menor de edad y que llenará el formato expedido para tal efecto por la Secretaría de Salud y que contendrá en este caso, la constancia de que la maternidad fue asistida a través de una técnica de apoyo a la reproducción humana o práctica médica, denominada maternidad subrogada. Las alusiones o referencias que hace la normatividad vigente en el Estado, relativas a la madre o a la identidad de la madre, se entenderán referidas a la madre subrogada gestante del nacido”<sup>180</sup>.

De donde resulta que, a diferencia del Código Civil de Tabasco, en donde se establecían obligaciones mínimas a cargo de los comitentes, como garantizar con una póliza de seguro de gastos médicos mayores, que cubra los gastos originados en la atención del embarazo, parto y la recuperación de éste, a favor de la gestante sustituta o subrogada; en Sinaloa solo se limitan en otorgarle el derecho a demandar civilmente a la madre y al padre contratante el pago de los

---

<sup>179</sup> Código Familiar de Sinaloa, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 6 de febrero de 2013.

<sup>180</sup> Idem.

gastos médicos erogados, en caso de las patologías que deriven de una inadecuada atención y control médico prenatal y postnatal<sup>181</sup> y, cuando haya existido error o dolo respecto a la identidad de los padres subrogados por parte de la mujer gestante, en cuyo caso están a salvo sus derechos para demandar civilmente los daños y perjuicios ocasionados e interponer denuncias penales, en su caso<sup>182</sup>.

### 3.7. Estados Unidos de América

A diferencia de lo que ocurre en Europa, el “alquiler de útero” es una práctica muy extendida en algunos estados de Estados Unidos de América, donde se han creado numerosas agencias que ofrecen los servicios de gestación por sustitución<sup>183</sup>.

También, es necesario resaltar que, la décima enmienda de su Ley Fundamental, establece lo siguiente: “Los poderes que la Constitución no delega a los Estados Unidos ni prohíbe a los estados, queda reservados a los estados respectivamente o al pueblo”<sup>184</sup>. En otras palabras, existe una “soberanía estatal” que es la encargada de crear, establecer y regular la materia familiar<sup>185</sup>.

---

<sup>181</sup> Artículo 296 del Código Familiar de Sinaloa, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 6 de febrero de 2013.

<sup>182</sup> Artículo 295 del Código Familiar de Sinaloa, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 6 de febrero de 2013.

<sup>183</sup> Cfr. OLAYA Godoy, M. Régimen jurídico de la tecnología reproductiva y de la investigación biomédica con material humano embrionario, S.N.E., Editorial DYKINSON, Madrid, 2014, p.296.

<sup>184</sup> “The Constitution Of The United States: en español” <https://constitutioncenter.org/learn/educational-resources/historical-documents/the-constitution-of-the-united-states-html-en-espanol>. Consultado el 19 de enero de 2022.

<sup>185</sup> LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres, Op. Cit. Pág. 185.

Bajo ese contexto, no hay ninguna ley federal que reglamente la gestación sustituta, aunado a que corresponde a cada estado determinar las normas sobre la filiación de los menores. No obstante lo anterior, existe un alto grado de desarrollo legislativo y jurisprudencial en la materia, existiendo diversas legislaciones estatales al respecto<sup>186</sup>.

En esta ocasión, me enfocaré en estudiar algunas de las entidades federativas de Estados Unidos de América, pues existe una mayor regulación de la gestación por sustitución, incluso prohibiéndola, sin embargo, dentro de los estados que la incluyen dentro de su marco normativo se encuentran: Alabama, Arizona, Arkansas, Columbia, Florida, Iowa, Illinois, Indiana, Kentucky, Luisiana, Minnesota, Nevada, New Hampshire, Dakota del Norte, Nueva York, Tennessee, Utah, Virginia, Washington, Virginia del Oeste, y Wisconsin.

### 3.7.1. Estados que prohíben expresamente la gestación sustituta

Dentro de esta clasificación se encuentra Arizona y el Distrito de Columbia, que expresamente prohíben la práctica y que vedan por completo cualquier contrato de gestación por sustitución. Por otro lado, la legislación de Michigan persigue criminalmente a los que sean parte o faciliten un contrato de este tipo<sup>187</sup>.

En Nueva York, la maternidad subrogada onerosa se encontraba prohibida, es decir, aquella en la cual la mujer gestante recibe una retribución

---

<sup>186</sup> LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres, Op. Cit. Pág. 185.

<sup>187</sup> Ibidem Pág. 186.

económica por brindar su capacidad de gestar, siendo uno de los pocos estados en Estados Unidos que la impedía<sup>188</sup>.

Actualmente, dicha prohibición ha quedado derogada, la legislación que permite la maternidad subrogada de forma altruista o comercial en Nueva York, fue aprobada a principios de abril de 2020 y fue una de las muchas medidas no fiscales incluidas en el presupuesto estatal, admitida en medio de la pandemia de Sars-Cov-2, que afectó más a Nueva York que cualquier estado de los Estados Unidos<sup>189</sup>.

El proyecto de ley de reciente aprobación, significa que se permitirá a los residentes celebrar contratos de maternidad subrogada onerosa, a partir del 15 de febrero de 2021<sup>190</sup>.

La exposición de motivos para la creación de la nueva ley, señala lo siguiente:

“La ley estatal actual crea incertidumbre legal para los padres de niños concebidos por tecnología reproductiva, la propuesta establece criterios para los contratos de subrogación, brindando las protecciones más estrictas de la nación para padres y sustitutos.

---

<sup>188</sup> LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres, Op. Cit. Pág. 186.

<sup>189</sup> “El Estado de Nueva York (EEUU) anula la prohibición sobre la maternidad subrogada”, consultado en <https://www.maternidadsubrogada.com.ar/index.php/publicaciones/129-maternidad-subrogada-aprobada-en-nuevayork#:~:text=La%20maternidad%20subrogada%20onerosa%20en%20Estados%20Unidos%20es%20legal%20en,al%20menos%20no%20est%C3%A1%20prohibida.&text=El%20proyecto%20de%20ley%20de,15%20de%20febrero%20de%202021>. Consultado el 15 de junio de 2020

<sup>190</sup> Idem.



La legislación también simplifica el proceso de 'Adopción del segundo padre', eliminando barreras obsoletas y extendiendo las protecciones de sentido común para los neoyorquinos que comienzan familias"<sup>191</sup>.

Además, el entonces gobernador de Nueva York, Andrew Cuomo declaró lo siguiente: "La prohibición de la subrogación de Nueva York se basa en el miedo, no en el amor, y ya es hora de que actualicemos nuestras leyes anticuadas para ayudar a las parejas LGBTQ y a las personas que luchan con la fertilidad a utilizar la tecnología reproductiva común para formar familias"<sup>192</sup>.

La nueva legislación llamada "*The Child-Parent Security Act*" o La Ley de seguridad de padres e hijos <sup>193</sup>, no solo amplía las protecciones para las familias de la comunidad LGBTQ, en el estado de Nueva York, sino que establece un modelo a seguir para el resto del país determinando lo siguiente:

- Levanta la prohibición del Estado sobre la subrogación gestacional. Según la ley actual, la subrogación pagada se castiga con una multa, y los acuerdos de subrogación no pagados no son exigibles y no son legalmente vinculantes.
- Crea la "Declaración de Derechos de los Subrogados", que garantizará las protecciones más fuertes en la nación para los sustitutos, asegurando el derecho ilimitado de ellos a tomar sus propias decisiones de atención médica, incluso el interrumpir o continuar un embarazo, además de tener acceso a un

---

<sup>191</sup> "Decimosexta propuesta de la situación del estado 2020: legalización de la gestación subrogada", consultado el 17 de junio de 2020 en [https://www.governor.ny.gov/sites/governor.ny.gov/files/atoms/files/12.30.19.rel\\_.16thPROPOSAL\\_Spanish.pdf](https://www.governor.ny.gov/sites/governor.ny.gov/files/atoms/files/12.30.19.rel_.16thPROPOSAL_Spanish.pdf)

<sup>192</sup> Idem.

<sup>193</sup> Idem.

seguro de salud y asesoría legal de su elección, todos pagados por los padres contratantes.

- Crea salvaguardias legales para padres de niños concebidos por tecnologías reproductivas como la inseminación artificial y la donación de óvulos.
- Establece criterios para los contratos de subrogación para proteger a todas las partes en el proceso.
- Elimina las barreras onerosas y, a menudo, costosas para la "adopción del segundo padre", en lugar de requerir una sola visita a la corte para reconocer la paternidad legal mientras el niño está en el útero.

En relación a la elegibilidad de la portadora gestacional, de acuerdo con la sección 581-404 de la nueva ley "*The Child-Parent Security Act*" se exigen los siguientes requisitos<sup>194</sup>:

- Tener al menos veintiún años de edad;
- No ha proporcionado el gameto utilizado para concebir el niño resultante;
- Ha completado una evaluación médica con un profesional de la salud relacionado con el embarazo anticipado; y
- La gestante y su cónyuge han sido adquirido una consulta legal de profesionales en derecho de su elección que serán pagados por los padres de intención con respecto a los términos del acuerdo gestacional y las potenciales consecuencias legales adicionales del acuerdo de gestacional;

---

<sup>194</sup> "The Child-Parent Security Act" consultado en [https://assembly.state.ny.us/leg/?default\\_fld=&leg\\_video=&bn=A06959&term=2017&Memo=Y&Text=Y](https://assembly.state.ny.us/leg/?default_fld=&leg_video=&bn=A06959&term=2017&Memo=Y&Text=Y). Consultado el 19 de enero de 2022.

Bajo ese contexto, el segundo requisito implica que solo se permite la gestación por sustitución gestacional, es decir, aquella donde la gestante solo lleva a cabo el embarazo y que no aportó material genético.

Además, conforme a la misma sección, existe la obligación que en el acuerdo o contrato que se celebre, contemple la siguiente cláusula<sup>195</sup>:

“El transportista gestacional tiene, o el acuerdo gestacional estipula antes de la transferencia de embriones, obtener una póliza de seguro de salud que cubre los principales tratamientos médicos y hospitalización, y la póliza de seguro de salud tiene un término que se extiende a lo largo de la duración del embarazo esperado y durante ocho semanas después del nacimiento del niño; la póliza puede ser adquirida y pagada por los padres previstos a nombre de la gestante.”

La nueva ley también da una respuesta a la filiación del menor, de conformidad con las siguientes normas<sup>196</sup>:

- Se deberá de aceptar la custodia de todos los niños resultantes, inmediatamente después del nacimiento, independientemente del número, sexo o condición mental o física; y
- Se asumirá la responsabilidad y apoyo del niño inmediatamente después del nacimiento del niño;

---

<sup>195</sup> "The Child-Parent Security Act" consultado en [https://assembly.state.ny.us/leg/?default\\_fld=&leg\\_video=&bn=A06959&term=2017&Memo=Y&Text=Y](https://assembly.state.ny.us/leg/?default_fld=&leg_video=&bn=A06959&term=2017&Memo=Y&Text=Y). Consultado el 19 de enero de 2022.

<sup>196</sup> Idem.

- Los derechos y obligaciones de los padres de intención, bajo el acuerdo gestacional no son negociables.

En relación a los padres de intención, la ley también establece los únicos requisitos que deberán cumplir para poder contratar, son los siguientes:

- Él, ella o ellos han sido consultados legalmente con un asesor legal independiente con respecto a los términos del acuerdo gestacional y las posibles consecuencias legales del acuerdo de transportista gestacional; y
- Puede contratar una persona sola o un matrimonio heterosexual u homosexual.

### 3.7.2. Estados que permiten expresamente la gestación por sustitución

En el segundo grupo se encuentra un número importante de estados que expresamente lo permiten, entre estos se encuentra Utah y Texas, que adoptaron la “*Uniform Parentage Act*”, o la Ley de Paternidad Uniforme, que es una ley modelo creada por la Conferencia Nacional de Comisionados sobre Leyes Estatales Uniformes para ayudar a las legislaturas en la adopción de normas sobre familia. La ley regula, en sus artículos 801 a 809, los contratos de gestación por sustitución gestacional o *gestational agreements*, es decir, aquellos en los que la gestante gesta con gametos de la pareja comitente o de donante o donantes y consecuentemente exigen que el acuerdo sea aprobado por

autoridad judicial siempre que se cumplan con una serie de requisitos expresamente regulados en la ley<sup>197</sup>:

- Solo podrán contratar parejas heterosexuales.
- La comitente tiene que ser incapaz de concebir o de llevar a término un embarazo.
- Debe tratarse de gestación por sustitución gestacional.
- La gestante debe haber tenido al menos un hijo propio sano.
- La gestante y su marido en el caso de que esté casada, deben efectuar un acuerdo por escrito con los comitentes por el que renuncien a sus derechos parentales y debe ser aprobado judicialmente.

Una vez cumplimentado los requisitos anteriores, la pareja comitente en los padres del niño que nazca, y el certificado de nacimiento se expide a su nombre<sup>198</sup>.

Por otro lado, una de las legislaciones más permisivas se encuentra en Illinois, que sancionó una ley especial, donde se permite la gestación por sustitución onerosa y también protege a las parejas casadas, no casadas y a las personas en lo individual; sin embargo, la gestante no puede aportar sus propios óvulos y al menos uno de los comitentes debe estar genéticamente relacionado con el niño. Bajo un acuerdo válido, los comitentes son los padres legales

---

<sup>197</sup> LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres, Op. Cit. Pág. 187.

<sup>198</sup> Idem.

inmediatamente después del nacimiento, y la paternidad se establece automáticamente sin necesidad de la intervención de los tribunales.

Además, en el contrato la gestante y su marido en caso de estar casada, deben prometer transferir el niño a la pareja comitente inmediatamente después del nacimiento y la pareja comitente o el comitente debe prometer aceptar al niño inmediatamente después del nacimiento y asumir su responsabilidad. Si las partes no cumplen alguno de los requisitos legales, los tribunales estarán facultados para determinar la custodia legal basada en la intención de las partes.

Asimismo, la legislación del estado de Virginia admite los acuerdos de gestación por sustitución autorizados por el Juez, que evaluará la idoneidad de los comitentes para ser padres, así como su situación socioeconómica; sin embargo, también reconoce aquellos contratos que no fueron autorizados judicialmente, aunque éstos reciben un tratamiento diferente<sup>199</sup>.

La filiación del niño se determina según se apliquen ciertos factores<sup>200</sup>:

- La gestante es la madre legal, salvo que la madre contratante aporte su material genético, en cuyo caso se le atribuirá a ésta la filiación legal.
- Si ninguno de los comitentes es padre genético, el comitente será padre legal.
- Si la gestante está casada y su marido es parte del contrato y ella ejerce su derecho a quedarse con el niño, entonces la gestante y su marido serán los

---

<sup>199</sup> LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres, Op. Cit. 188 y 189

<sup>200</sup> idem

padres legales. En este caso, la pareja comitente solo podrán ser padres legales a través del procedimiento de adopción.

En Florida<sup>201</sup>, también se admite la gestación por sustitución y de conformidad con su legislación, para que un contrato sea ejecutable se solicita lo siguiente:

- La pareja comitente debe estar casada y ambos deben ser mayores de 18 años.
- La gestante debe tener al menos 18 años.
- Un médico debe determinar que la comitente es físicamente incapaz de llevar un embarazo a término, o que no puede hacerlo sin riesgo a su salud física o para la salud del feto.

La ley también establece que la gestante debe renunciar a sus derechos parentales una vez nacido el niño y que la pareja comitente se debe comprometer a asumir los derechos y responsabilidades parentales del niño inmediatamente después de su nacimiento, y de cualquier incapacidad que pueda sufrir éste<sup>202</sup>.

Bajo ese contexto, considero que los derechos parentales son cuestiones de orden público e interés social a nivel internacional, ya que se encuentran involucradas las prerrogativas del menor, por ello, éstos no son renunciables y, en consecuencia, la legislación de Florida solo debió determinar que la filiación correspondería a la pareja comitente.

---

<sup>201</sup> LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres, Op. Cit. 188 y 189

<sup>202</sup> Idem.

También, la ley aclara que la gestante se debe comprometer a asumir los derechos y las responsabilidades parentales del niño si se determina que ninguno de los comitentes es el padre genético<sup>203</sup>.

Por último, en New Hampshire un contrato de gestación por sustitución es ejecutable sólo si ha sido previamente autorizado por un juez y solo podrá ser autorizado si reúne los siguientes requisitos<sup>204</sup>:

- Las partes deben haber manifestado su consentimiento informado;
- Las partes deben haber completado los procesos de asesoría y evaluación;
- El contrato reúne los requisitos legales y no contiene ninguna cláusula prohibida; y
- El contrato debe contemplar y ser a favor del interés superior del menor.

Conforme a la Ley de New Hampshire, todos los contratos deben darle a la gestante el derecho de resolverlo hasta dentro de las 72 horas contadas a partir del nacimiento del niño. Si la gestante no ejerce ese derecho dentro de ese período, entonces sus derechos parentales habrán caducado automáticamente<sup>205</sup>.

---

<sup>203</sup> | LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres, Op. Cit. 188 y 189

<sup>204</sup> Idem

<sup>205</sup> LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres, Op. Cit. 190.



### 3.7.3. Estados que tienen jurisprudencia sobre gestación por sustitución

En California, el reconocimiento de la filiación como resultado de un acuerdo gestacional no es automático, si no que se requiere que, una vez celebrado, la parte interesada inicie el procedimiento judicial regulado en la sección 7630 (f) del *California Family Code* o Código Familiar de California, dirigido a determinar la filiación, conforme a la voluntad de las partes expresada en el acuerdo, sin necesidad de valorar previamente la idoneidad de la pareja comitente<sup>206</sup>.

El procedimiento también tiene como finalidad extinguir la filiación que se pueda establecer respecto de la gestante y su marido si está casada.<sup>207</sup> La sentencia que recaiga ordena al hospital que después del parto incluya los nombres de la pareja comitente en el certificado original de nacimiento y con ello se evita tener que recurrir a la adopción y el nacido tiene reconocida su filiación desde ese momento<sup>208</sup>.

Cabe resaltar que, el artículo 7690 del Código Familiar de California establece que el comitente es un individuo, casado o no, que manifiesta su intención de estar unido legalmente como *parent* o padre del niño nacido como consecuencia de la reproducción asistida. De esta manera, se establece una filiación que es neutral tanto para el género como el estado civil<sup>209</sup>.

---

<sup>206</sup> LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres, Op. Cit. 191.

<sup>207</sup> Idem.

<sup>208</sup> Idem.

<sup>209</sup> Idem.

California fue el estado pionero en gestación subrogada, donde se lleva realizando desde hace más de 30 años. La claridad jurídica y los años de tradición han llevado a que las mejores agencias y clínicas del mundo se establezcan en este estado. Además, la intensa demanda de gestantes voluntarias ha hecho que se ofrezcan grandes sumas como compensación<sup>210</sup>.

---

<sup>210</sup> “Gestación subrogada en Estados Unidos: precio, legislación y requisitos” <https://babygest.com/es/estados-unidos/>. Consultado el 19 de enero de 2022.

#### Capítulo IV. Convención Internacional sobre Gestación por Sustitución

En principio, se tiene que, desde inicios del siglo XX se instauraron diversos tratados o convenios internacionales relacionados a la condición de la mujer, en específico en las áreas de la salud y el empleo. En el curso de la segunda mitad del siglo pasado se revisaron algunos de esos instrumentos o se reemplazaron por otros, que fueron producto de cuidadosos estudios, negociaciones y decisiones políticas adoptadas en los trabajos de las Naciones Unidas, de los Organismos Especializados que conforman el Sistema de Naciones Unidas o en el marco del Sistema Interamericano<sup>211</sup>.

Sin embargo, ninguno de los tratados internacionales o regionales adoptados, incluyendo los Pactos de Derechos Humanos que protegen por igual a las mujeres y a los hombres, pudieron lograr eliminar la persistente discriminación, de jure y de facto, que se ejercía contra las mujeres en todo el mundo, dando lugar al reclamo por la concertación de un instrumento que garantizara a las mujeres el reconocimiento universal de su derecho a la igualdad y la no discriminación<sup>212</sup>.

Por lo anterior, se creó la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18

---

<sup>211</sup> “El Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación Contra La Mujer, Mitos y supuestos” [https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/mujeres3/CEDAW2/docs/BIBLIOTECA\\_3.pdf](https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/mujeres3/CEDAW2/docs/BIBLIOTECA_3.pdf). Consultado el 24 de abril de 2022.

<sup>212</sup> Idem.

de diciembre de 1979<sup>213</sup>, que dentro de sus compromisos se estableció lo siguiente:

“Artículo 11: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular: f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.”

Además, a través del Protocolo facultativo de la Convención en cita se establecieron mecanismos de denuncia e investigación, donde los Estado partes le otorgaron competencia al Comité para conocer de las acusaciones de individuos o investigar violaciones graves o sistemáticas, aunado a que se pronunciaran sobre los derechos de la mujer a la salud, indicando que incluye la salud sexual y reproductiva<sup>214</sup>.

Asimismo, el Programa de Acción aprobado en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, del 5 a 13 de septiembre de 1994, determinó que los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en leyes nacionales, documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros instrumentos aprobados por consenso. Estas prerrogativas se basan en el reconocimiento de todas las

---

<sup>213</sup> “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>. Consultado el 24 de abril de 2022.

<sup>214</sup> “Salud y Derechos Humanos Reproductivos” <https://www.ohchr.org/es/node/3447/sexual-and-reproductive-health-and-rights>. Consultado el 13 de abril de 2022.

parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y a disponer de la información y de los medios para ello, así como el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También, incluye el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones o violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos<sup>215</sup>.

A partir de la adhesión de México a la multicitada Convención, ha presentado nueve informes, de 1983 a 2018. En ese período ha recibido 201 observaciones, resaltando el hecho de que fue el primer país que recibió una visita para investigación del Comité de la en el caso de Ciudad Juárez. Ello ocurrió cuando organizaciones de la sociedad civil interpusieron una denuncia ante el Comité por la desaparición y muerte de mujeres en Ciudad Juárez, Chihuahua<sup>216</sup>.

Algunas de las recomendaciones del Comité en el séptimo y octavo informe que realizó a México fueron en materia de salud, dado que siguen existiendo deficiencias al respecto. Así, sus encomiendas fueron en el sentido de garantizar a las mujeres el acceso universal a servicios de atención de salud, información y educación sobre salud, derechos sexuales y reproductivos; también, que bajo la orientación del Observatorio de Mortalidad Materna, intensificara sus esfuerzos para reducir la tasa de mortalidad materna, en

---

<sup>215</sup>“Derechos sexuales y reproductivos” <https://hchr.org.mx/historias-destacadas/derechos-sexuales-y-reproductivos-2/> Consultado el 26 de abril de 2022.

<sup>216</sup>“México ante la CEDAW: un mecanismo que avanza, interpela y exige resultados” <https://www.gob.mx/inmujeres/articulos/mexico-ante-la-cedaw-un-mecanismo-que-avanza-interpela-y-exige-resultados?idiom=es>. Consultado el 26 de abril de 2022.

particular adoptando una estrategia amplia de maternidad sin riesgos en que se dé prioridad al acceso a servicios de salud prenatal, posnatal y obstétricos de calidad, y al establecimiento de mecanismos de vigilancia y asignación de responsabilidad<sup>217</sup>.

Otra de las muestras de desigualdad y transgresión a los derechos de salud de la mujer sucede en la India, pues si bien existen lineamientos dictados por el *Indian Council of Medical Research* o Consejo Indio de Investigaciones Médicas que contienen directrices para llevar a cabo los procedimientos de reproducción<sup>218</sup>, estas reglas no son obligatorias, y al ejercerse bajo el juicio ético de los médicos y clínicas, puede conllevar a que los centros médicos no las apliquen y pongan en riesgo a la madre gestante y al menor.

Por otro lado, uno de los problemas relacionados con la salud reproductiva es la infertilidad<sup>219</sup>, que es una enfermedad reconocida por la Organización Mundial de la Salud. Los especialistas creen que este problema de salud va en aumento por circunstancias como el estrés, el consumo de alcohol, tabaco, la mala alimentación y la postergación de la maternidad, además de factores genéticos y hormonales. Entre las principales causas de infertilidad femenina se encuentra la endometriosis, que afecta la calidad de vida de 7 millones de

---

<sup>217</sup> "Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer" [http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos\\_download/CEDAW\\_C\\_MEX\\_CO\\_7\\_8\\_esp.pdf](http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/CEDAW_C_MEX_CO_7_8_esp.pdf). Consultado el 26 de abril de 2022.

<sup>218</sup> OLAVARRÍA, María Eugenia. La gestación para otros en México: Parentesco, tecnología y poder. Op. Cit. p. 46-47.

<sup>219</sup> La infertilidad es la incapacidad de una pareja para concebir después de 12 meses de mantener relaciones sexuales de manera frecuente sin utilizar métodos de planificación familiar.

mexicanas, según la dicha Organización. También, encontramos causas como el Síndrome de Ovario Poliquístico y las enfermedades de transmisión sexual<sup>220</sup>.

Afortunadamente, los avances médicos y científicos han permitido lograr que más personas puedan tener un bebé a través de las técnicas de reproducción asistida utilizando la gestación por sustitución; de ahí que ha estado presente en el debate y discusión internacional, donde se ha advertido la necesidad de poner en marcha la regulación convencional, sobre todo para establecer las normas aplicables a la filiación y la nacionalidad del niño.

Prueba de ello es que en la tercera reunión de la Comisión Especial de 2010 de seguimiento del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 sobre Protección de Menores y Cooperación en materia de Adopción Internacional, convocada por la Oficina o Buró Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, en la sede de la Academia de Derecho Internacional Privado en la Haya, en Holanda, del 17 al 25 de junio de 2010, su orden del día fue visualizar las implicaciones o incidencia de la maternidad por sustitución en la adopción internacional<sup>221</sup>.

No obstante lo anterior, las consecuencias por la ausencia de una regulación jurídica internacional al respecto, hace que se lleve a cabo en condiciones de clandestinidad, y en consecuencia, que las clínicas que realizan

---

<sup>220</sup> “Día Mundial de la Infertilidad; La infertilidad es una enfermedad y tiene tratamiento.” <https://www.igenomix.mx/fertilidad/dia-mundial-de-la-infertilidad-la-infertilidad-es-una-enfermedad-y-tiene-tratamiento/>. Consultado el 20 de enero de 2022.

<sup>221</sup> Cfr. GONZÁLEZ MARÍN, Nuria. Maternidad Subrogada y adopción internacional. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2012, p. 174.

este procedimiento no tengan los estándares necesarios para hacerlo, dado que no existe un marco jurídico regulatorio; máxime que a causa de la insuficiencia se deja en un estado de indefensión al menor, por no decir “limbo jurídico” o vacío legal<sup>222</sup>.

En esa medida, al estimar que el orden normativo interno en diversos países es insuficiente y que impiden a las autoridades competentes resolver las consideraciones que plantean las partes integrantes en un proceso de gestación por sustitución, procedo a elaborar un proyecto de Convención Internacional que regule la misma, a efecto de que exista una herramienta legal que contenga parámetros mínimos para la protección de sus derechos humanos.

El instrumento jurídico internacional que se propone, considero que ayuda a dar solución a la ausencia de la regulación convencional, dado que se establecen las normas que resuelvan los conflictos de leyes, pero que se diferencia de los tratados en otras materias por el tipo de obligaciones en ellos plasmadas<sup>223</sup>, dado que el objeto y fin de los tratados que contienen derechos es la protección de los mismos, y en este caso, se privilegian los derechos de la madre gestante y el menor producto de la gestación.

Bajo esa óptica, la Convención propuesta contiene los siguientes elementos:

---

<sup>222</sup> GONZÁLEZ MARÍN, Nuria. Maternidad Subrogada y adopción internacional. Op. Cit. Págs. 174 y 175.

<sup>223</sup> HITTERS, Juan Carlos y Oscar Fappiano, “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, citado por CASTAÑEDA, Mireya, El derecho internacional de los derechos humanos y su recepción nacional, 1ª ed., S.E., México, 2012, pág. 33.



- **Preámbulo:** Es la explicación precisa del objetivo de la Convención, que en el caso concreto, es el de proteger y garantizar los derechos humanos de las partes que se sometan a un proceso de gestación por sustitución, proporcionar seguridad y eficacia a los acuerdos celebrados en dicha materia, y que resuelva los conflictos de leyes que se presenten.
- **Ámbito de Aplicación de la Convención:** El presente proyecto contiene una norma que hace referencia a la delimitación de validez, esto es, dice cuándo, dónde y sobre quién se deberá aplicar. Entonces, se utilizará cuando las partes involucradas en el proceso de gestación por sustitución provengan de diferentes países, o bien, al tratarse de un tratado que contiene derechos humanos, lo hará de forma supletoria a sus leyes internas.
- **Objeto:** Se delimita su objeto a fin de que los Estados firmantes puedan cumplir adecuadamente con el propósito de la Convención, estableciendo puntualmente las obligaciones a que se constriñen.
- **Norma de conflicto:** se soluciona el conflicto de leyes que existe cuando concursan dos o más normas jurídicas que emanan de soberanías diferentes, estableciendo que las obligaciones contraídas derivado de un contrato de gestación por sustitución, se deben regir por la ley del lugar donde se encuentre la madre gestante.

Lo anterior, en virtud de la prioridad que tiene el interés superior del menor y a las circunstancias de la madre gestante, pues en caso de que exista algún conflicto al respecto, el proceso judicial deberá ser llevado a cabo en el domicilio de esta, pues se estima que quienes se encuentran en un mayor

estado de vulnerabilidad física, psicológica es la madre gestante y el bebé, de ahí que se deba favorecer su protección.

- Normas de derechos humanos: Si bien es cierto que la gestación por sustitución es un derecho humano, también lo es que para que la misma pueda llevarse a cabo se deben establecer derechos mínimos para que la misma resulte benéfica para todas las partes que intervienen en el proceso. Asimismo, cabe precisar que se hace de forma enunciativa más no limitativa, y de esta manera la Convención distingue entre:

- Derechos de la madre gestante: se garantiza la salud de la madre gestante y el menor durante todas las etapas del proceso; el acceso a la información sobre el método, las consecuencias y los riesgos; protección económica, pues todos los gastos deberán ser cubiertos por los contratantes, y en su caso, ser indemnizada por enfermedad o incapacidad a causa del embarazo; a la vida, ya que en caso de que exista algún riesgo por el embarazo que la ponga en peligro, podrá interrumpir el embarazo.

- Derecho de los contratantes: la entrega del menor constituye el principal derecho que tienen los contratantes, pues es el fin mismo del proceso, y solo en caso de que exista un riesgo para el menor, el mismo podrá ser suspendido hasta en tanto se resuelva lo más conveniente para este. De ahí la importancia de que esta prerrogativa se encuentre prevista en el presente instrumento legal.

- Derecho del menor: a fin de solucionar el principal problema que presentan los niños nacidos bajo este método, se debe garantizar su identidad, dotándolos de la nacionalidad correspondiente y un nombre.

No obstante lo anterior, su contenido se encuentra en el anexo II, sin que pase inadvertido que los derechos y obligaciones plasmados en ella son enunciativos más no limitativos.

## Capítulo V. Contrato de gestación por sustitución

El presente capítulo se encamina al estudio de los elementos que debería tener el contrato de gestación por sustitución en aquellos países que permiten su celebración. Como se ha dicho, la gestación por sustitución persigue fines importantes como la creación de la vida a través de los métodos de reproducción asistida alcance y la consecuente construcción de unidades familiares.

Bajo esa tesitura, a fin de evitar que el cumplimiento de las obligaciones se deje al arbitrio de alguno de los contratantes y por ende se transgredan los derechos fundamentales, propongo que los derechos y las obligaciones de las partes se plasmen en un instrumento jurídico, es decir, a través de un contrato.

Sin embargo, el referido contrato contiene diferentes contrariedades, pues el determinar su objeto directo e indirecto, resulta complicado porque surgen interrogantes como: ¿se trata de una obligación de dar, hacer o no hacer? ¿el objeto indirecto es el útero de la mujer, el niño que nacerá o la capacidad de gestar de una mujer?<sup>224</sup>.

Al mismo tiempo, los vacíos legales de las legislaciones han generado ciertos planteamientos en la doctrina<sup>225</sup>; entre otros: ¿Cuáles son las principales obligaciones que surgen entre las partes implicadas en el contrato de “alquiler de vientre”? ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas del incumplimiento de dicho contrato? ¿Cómo se protegen los derechos del menor fruto de la maternidad subrogada frente a ese incumplimiento?

---

<sup>224</sup> BRENA SESMA, Ingrid “La gestación subrogada: ¿una nueva figura del derecho de familiar”, en Ingrid Brena Sesma (coord.), Reproducción asistida, México, UNAM, 2012, p. 145.

<sup>225</sup> MARÍN VÉLEZ, Gustavo Adolfo. El arrendamiento de vientre en Colombia. Medellín: Universidad de Medellín. 2005. pp. 179 – 180.

Por otra parte, es importante resaltar que, en el sistema jurídico mexicano, desde que el sujeto es concebido, es titular de los derechos y obligaciones que la ley le permite y atribuye<sup>226</sup>, es decir, podrá ser donatario, heredero legítimo, o heredero o legatario dispuesto por el testador.

La protección a los menores concebidos a través de este método debe ser considerado como un interés superior que va más allá de la esfera privada, de ahí que los contratos deberán ser redactados atendiendo a ese principio y así garantizar su bienestar.

Dicho de otra manera, los contratos de gestación por sustitución no pueden verse como contratos mercantiles, debe respetarse la voluntad de las partes en tanto se sujeten a las normas de orden público e interés social, y en especial se debe prever tanto cláusulas que produzcan los resultados deseados, como aquellas que resuelvan cualquier eventualidad que se presente, tales como malformaciones o padecimientos genéticos del bebé, la separación o divorcio de los solicitantes o su muerte, teniendo como premisa la existencia de lagunas en los marcos normativos.

---

<sup>226</sup> Artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal, hoy Ciudad de México, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 1928.

## 5.1. Constitucionalidad de la gestación por sustitución y su reconocimiento como derecho fundamental en el sistema jurídico mexicano

Antes de iniciar con el estudio de los elementos del contrato, considero importante analizar la constitucionalidad de la gestación por sustitución y la necesidad de su reconocimiento como derecho fundamental en nuestro sistema jurídico. Por lo anterior, resulta relevante estudiar el contenido del artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

“Artículo 4o.- La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos...”<sup>227</sup>

Del numeral anterior, se desprende que la misma legislación reconoce el derecho a formar una familia como un derecho fundamental y corresponde a ésta la protección a esa prerrogativa; de ahí que se propone una reforma a la Carta Magna en los siguientes términos:

“Artículo 4o.- La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a formar una familia, ya sea de manera natural o mediante la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, a decidir

---

<sup>227</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917

de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos...”

En tal sentido, también deberán crearse o modificarse las normas que se encuentren subordinadas a la misma, con objeto de que se encuentren acorde con la ley fundamental.

Por otra parte, el derecho a formar una familia al ser un derecho fundamental es interdependiente e indivisible, es decir, está vinculado a que se garantice que las personas que no puedan constituir un núcleo familiar de manera natural, puedan hacerlo a través de otros medios; por ejemplo, mediante la gestación por sustitución, pues de lo contrario no se actualizaría dicha prerrogativa, de ahí que se pueda transgredir lo establecido en el artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

En consecuencia, la gestación por sustitución debe ser reconocida en nuestro ordenamiento fundamental como un derecho humano y una forma de crear una familia, a fin garantizar que todas las personas gocen del derecho a formar una familia de conformidad con lo establecido en el artículo 1º constitucional<sup>228</sup>; 17 de la Convención Americana sobre los Derechos

---

<sup>228</sup> Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917.

humanos<sup>229</sup> y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>230</sup>; evitando que las personas que tienen problemas para concebir un hijo de forma natural sean objeto de discriminación; de ahí que corresponda al Estado mexicano la elaboración de una legislación que proteja y garantice su pleno ejercicio en el país.

Además, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>231</sup> ha sentado precedentes en relación a la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a las técnicas de reproducción asistida, en el sentido que tal aspecto forma parte del ámbito de los derechos de integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar; además, la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona, tanto en su dimensión individual como de pareja.

---

<sup>229</sup> Artículo 17. Protección a la Familia. 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo. Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica" publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1981.

<sup>230</sup> Artículo 23. 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello. 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de mayo de 1981.

<sup>231</sup> Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación "In Vitro") vs Costa Rica. Excepciones preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Párrafo 272.



Máxime que, aun cuando la legislación civil no contemple un marco conceptual ni normativo acerca de la gestación por sustitución, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión del día doce de julio de dos mil diecisiete, resolvió el amparo directo en revisión 2766/2015<sup>232</sup>, en el cual sostuvo, que los derechos reproductivos constituyen un nuevo campo de normatividad nacional e internacional; que han sido confirmados en la Conferencia Nacional de Población y Desarrollo de la Organización de Naciones Unidas, El Cairo, 1994; y, en la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer de la misma organización internacional, Pekín, 1995.

## 5.2. Contrato de promesa de contratar

El Código Civil para el Distrito Federal, hoy Ciudad de México, define al contrato en el artículo 1793 como: “Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos”<sup>233</sup>; sin embargo, no hay una definición del contrato de promesa de contratar, sino solamente se señala que puede asumirse contractualmente la obligación de celebrar un contrato futuro.

“Artículo 2243. Puede asumirse contractualmente la obligación de celebrar un contrato futuro”<sup>234</sup>.

---

<sup>232</sup> Sentencia recaída al Amparo en Revisión 2766/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 12 de julio de 2017.

<sup>233</sup> Código Civil para el Distrito Federal, hoy Ciudad de México, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 1928.

<sup>234</sup> Código Civil para el Distrito Federal, hoy Ciudad de México, Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 1928.

Una de las características de este contrato es que debe contener los elementos esenciales del contrato futuro, cuyo objeto indirecto consiste en celebrar el contrato definitivo, al ser este uno preparatorio. Respecto de las obligaciones contenidas en el mismo, se encuentra que la futura madre gestante deba realizarse los estudios clínicos que los especialistas requieran para cerciorarse que se encuentra saludable física y psicológicamente; mientras que para los contratantes será acreditar que podrán contratar un seguro de vida, de gastos médicos mayores y, de invalidez o incapacidad total y permanente a favor de la madre gestante, a través de una empresa aseguradora certificada por la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, y pagar los estudios médicos que se realice la madre gestante.

Lo anterior, a fin de evitar que los firmantes incumplan alguna de las obligaciones del contrato principal por causa no imputable a ellos, pues en caso de que la madre no resultare idónea, o que los contratantes no consigan asegurar a la gestante por causa de las empresas aseguradoras, les podría ser exigible el pago de la pena convencional, si así hubiere sido convenida.

Por lo tanto, presento un modelo de contrato de promesa de gestación por sustitución que se agrega al presente trabajo como anexo III.

### 5.3. Elementos del contrato

Tradicionalmente, el contrato ha sido considerado como la fuente más importante de las obligaciones, y, de hecho, lo ha sido por mucho tiempo; incluso, las épocas más apegadas a la filosofía racionalista, en la que la libertad es un

concepto fundamental, pretendieron explicar todas las instituciones jurídicas, con base en la teoría contractual<sup>235</sup>.

En ese contexto, al ser una fuente creadora de derechos y obligaciones, es mediante este instrumento que deberá regularse la gestación por sustitución y en ese tenor, las partes deberán sujetarse a lo que hayan pactado, siempre que no transgreda el orden público e interés social y los derechos fundamentales de las partes.

Se debe agregar que, en muchos países el contrato de gestación por sustitución se encuentra reglamentado en códigos y leyes específicas, incluso en el Common Law.

Ahora bien, en México por las consideraciones antes vertidas en el presente trabajo, los estados de Querétaro, Coahuila deben de modificar su marco normativo hacia una regulación que permita la realización de la gestación por sustitución.

Por otro lado, en Tabasco y Sinaloa tienen una legislación específica al respecto, y en ese tenor, los contratos que se celebren en los estados de la república que no contengan regulación alguna, deberán ser válidos de conformidad con el principio de legalidad que establece que “todo lo que no está prohibido, está permitido”, y deberá regirse mediante las reglas de la Teoría General de las Obligaciones; sin embargo, en atención a que en el contrato de gestación por sustitución se encuentran inmersos los derechos fundamentales

---

<sup>235</sup> RICO ÁLVAREZ, Fausto *et al.* Teoría General de las Obligaciones, 1ed, Editorial Porrúa, México, 2005, 64.

de todas las partes, propongo las siguientes reglas especiales de los elementos esenciales y requisitos de validez.

### 5.3.1. Elementos de existencia

A continuación, se estudiará cada uno de los elementos propuestos como elementos de existencia.

#### 5.3.1.1. Consentimiento

El contrato en cualquier sistema jurídico, supone el consentimiento como requisito esencial. En efecto, todo acto jurídico, presume una voluntad tendiente a la consecución de un fin lícito tutelado por el derecho.<sup>236</sup>

Bajo esa tesitura, el contrato de gestación de sustitución deberá tener una regla específica en contraste con la teoría general de las obligaciones, es decir, para que el contrato exista deberá concurrir la manifestación expresa de la voluntad de la madre gestante y los padres de intención, en ese tenor, no bastará con hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlos para que se configure el consentimiento.

Además, considero adecuado que el mismo sea por escrito e informado, entendido este último como: “aquél dónde a las partes les fue explicado el procedimiento por un experto en la materia, aceptan, reconocen los riesgos y consecuencias del mismo”, lo anterior con la finalidad de proteger a la madre

---

<sup>236</sup> Op. Cit. RICO ÁLVAREZ. p. 78.

para que no sea sometida a un proceso que pueda resultar perjudicial para su salud física y psicoemocional.

#### 5.3.1.2. Objeto

El término “objeto” tiene tres significados<sup>237</sup> en relación con el contrato:

- Como objeto directo: crear y transmitir derechos y obligaciones.
- Como objeto indirecto: conducta de dar, hacer o no hacer; y
- La cosa material que el obligado debe entregar, solamente vista en aquellos contratos cuyo objeto indirecto es una obligación de dar.

Resulta esencial señalar que el objeto de cualquier obligación no tiene que ser de carácter patrimonial, es decir, apreciable en dinero.

##### 5.3.1.2.1. Objeto directo

Con respecto al objeto directo del contrato que nos ocupa, las partes podrán crear y transmitir derechos y obligaciones que, como se ha dicho en párrafos anteriores, no sean contrarios al orden público y los derechos humanos de las partes.

##### 5.3.1.2.2. Objeto indirecto

Acerca del objeto indirecto, resulta necesario subrayar que se trata de llevar a término el embarazo producto de la técnica de reproducción asistida. Se trata de una obligación de hacer y de acuerdo con la teoría general de las obligaciones, el hecho positivo o negativo objeto del contrato, debe ser:

---

<sup>237</sup> Cfr. Op. Cit. RICO ÁLVAREZ. p. 90.

- Posible: debe ser física y jurídicamente posible. Se entiende la primera como aquella donde no haya alguna ley de la naturaleza que constituya un obstáculo insuperable para su realización; y la segunda, implica que el hecho no es compatible con una norma jurídica<sup>238</sup>.
- Lícito: a *contrario* sensu, es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres<sup>239</sup>.

La precitada obligación es posible física y jurídicamente, de conformidad con lo expuesto en párrafos anteriores, ya que no existe alguna ley de la naturaleza o del hombre que le impida a una mujer embarazada llevar a término el mismo, siempre que desarrolle los cuidados necesarios para ella y el nasciturus; aunado a que tampoco es contraria a ninguna ley de orden público o las buenas costumbres.

#### 5.3.1.3. Solemnidad

Antes de pasar al análisis de los requisitos de validez es importante hablar de otro elemento que, de considerarlo, entraría en los elementos esenciales, y es el de la solemnidad.

El licenciado Ernesto Gutiérrez y González, la define expresando lo siguiente: “La solemnidad es el conjunto de elementos de carácter exterior del

---

<sup>238</sup> Artículo 1828 del Código Civil para el Distrito Federal, hoy Ciudad de México, Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 1928.

<sup>239</sup> Artículo 1830 del Código Civil para el Distrito Federal, hoy Ciudad de México, Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 1928.

acto jurídico, sensibles, en que se plasma la voluntad de los que contratan, y que la ley exige para la existencia del mismo”<sup>240</sup>.

De la definición anterior se desprende que, la solemnidad es una mera formalidad, con un rango tal que si llegará a faltar hace que un negocio no exista jurídicamente; aunque si se trata de la forma la sanción correspondiente será la inexistencia.

De tal manera, considero que en el caso concreto, la solemnidad no es un elemento oportuno porque la sanción de inexistencia resulta excesiva.

### 5.3.2. Requisitos de validez

El artículo 1795 del Código sustantivo civil para el Distrito Federal, hoy Ciudad de México, *a contrario sensu*, reconoce cuatro requisitos de validez para los contratos:

“Artículo 1795.- El contrato puede ser invalidado:

- I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;
- II. Por vicios del consentimiento;
- III. Por su objeto, o su motivo o fin sea ilícito;
- IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.”

#### 5.3.2.1. Capacidad

---

<sup>240</sup> GUTIÉRREZ y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. 19ª edición. Editorial Cajica, S.A. 2012, pág. 253.

La capacidad es la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones, es decir, adquirir los primeros y contraer y cumplir las segundas, así como comparecer en juicio por derecho propio.<sup>241</sup> Dentro de la misma se encuentran dos elementos:

- Capacidad de goce, que es la aptitud que tiene un sujeto de ser titular de derechos y obligaciones. La personalidad jurídica es el fundamento de la capacidad de goce, por lo que se encuentra en toda persona, es decir, en toda *sustancia individual de naturaleza racional*. Una persona solamente puede ser privada parcialmente de ella<sup>242</sup>.
- Capacidad de ejercicio, que es la aptitud para ejercitar derechos y contraer y cumplir personalmente con las obligaciones, así como comparecer en juicio por derecho propio. Esta capacidad puede ser total o parcial. Luego entonces, es preciso señalar que la capacidad para contratar es una de las especies de la capacidad de ejercicio. Finalmente, apuntar que ésta tiene su origen en la ley<sup>243</sup>.

El Código Civil para el Distrito Federal, hoy Ciudad de México, menciona que la regla general es la capacidad:

“Artículo 1798.- Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley.”

Las excepciones a que se refiere este numeral se encuentran en el siguiente numeral:

---

<sup>241</sup> Cfr. Op. Cit. RICO ÁLVAREZ. pág. 100.

<sup>242</sup> Idem

<sup>243</sup> Idem



“Artículo 450. Tienen incapacidad natural y legal:

I. Los menores de edad;

II. Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que, por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.”

Dicho lo anterior, no podrán celebrar el contrato de gestación por sustitución aquellas personas que se ubiquen dentro de los anteriores supuestos; sin embargo, no impide que se forme el negocio jurídico, solamente produce su nulidad relativa, por lo que podría ser ratificado, o bien, después de un tiempo prescribiría la acción para invocar la nulidad citada; no obstante, ante la falta de capacidad de goce no habrá contrato.

#### 5.3.2.2. Ausencia de vicios del consentimiento

Toda voluntad que interviene en un negocio jurídico requiere ser declarada con plena consciencia de la realidad y con absoluta libertad y espontaneidad. Las circunstancias que minan la consciencia y la libertad en una manifestación de voluntad provocan que ésta carezca de plenitud. Estas circunstancias se denominan “vicios de la voluntad”, o “vicios en el consentimiento y la legislación sustantiva reconoce tres: error, el dolo, la violencia y la lesión”<sup>244</sup>.

---

<sup>244</sup> Cfr. Op. Cit. RICO ÁLVAREZ. pág. 100.

Los errores que impiden la formación del contrato por ausencia del consentimiento son aquellos que recaigan sobre la naturaleza del negocio jurídico, es decir, cuando un sujeto cree haber celebrado una operación determinada y en realidad celebró el contrato de gestación por sustitución; y el error sobre la identidad de la persona, que es el error que se presenta cuando se cree haber negociado con cierta persona y en realidad se negoció con otra.

En cambio, el error sobre lo que las partes han tenido en la mira como sustancial o esencial en la celebración del contrato materia de tesis, es decir, aquello sin lo cual no hubiesen contratado; o un error sobre las cualidades de la persona; por ejemplo, la fertilidad de la gestante, no impedirá la formación del negocio, pero da lugar a una acción de nulidad.

Por otro lado, en caso de que se emplee alguna sugestión o artificio para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; o bien exista disimulación del error, una vez conocido, la consecuencia será la nulidad del contrato.

Por último, si el multicitado contrato es ejecutado por el impulso de la violencia, ya sea física o moral; o bien, exista una desproporción de las prestaciones a cargo de las partes, evento que se acompaña de una explotación de parte del “ganancioso” respecto de alguna debilidad padecida por el “perjudicado”, que lo haga estar en una clara desventaja, traerá aparejada la ineficacia consignada en el artículo 2228 del Código sustantivo para el Distrito Federal, hoy Ciudad de México:

“Artículo 2228. La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión, y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo.”

#### 5.3.2.3. Licitud en el objeto, motivo o fin

Comencemos por evaluar el tercer supuesto del artículo 1795 del Código sustantivo de la materia, toda vez que no incluye a la condición. Sin embargo, los artículos 1943 y 2225 la mencionan como un elemento que debe ser lícito dentro de las obligaciones, bajo pena de nulidad relativa:

“Artículo 1943.- Las condiciones imposibles de dar o hacer, las prohibidas por la ley o que sean contra las buenas costumbres, anulan la obligación que de ellas dependa.

La condición de no hacer una cosa imposible se tiene por no puesta.”

“Artículo 2225.- La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley.”

Mientras tanto, la importancia del motivo o fin de los contratos es relevante, bajo ser sancionado con la nulidad relativa:

“Artículo 1831.- El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres.”

Asimismo, es preciso señalar que no solamente el motivo del contrato es importante, sino que la finalidad también debe ser lícita. De no ser así, el

cincuenta por ciento del precio de la cosa con que se realizaría la prestación se destinará a la beneficencia pública y solamente la otra mitad para el que realizó la prestación.

“Artículo 1895.- Lo que se hubiere entregado para la realización de un fin que sea ilícito o contrario a las buenas costumbres, no quedará en poder del que lo recibió.

El cincuenta por ciento se destinará a la Beneficencia Pública y el otro cincuenta por ciento tiene derecho de recuperarlo el que lo entregó.”

En tal sentido, el contrato de gestación por sustitución cumple con lo dispuesto en los precitados numerales, remitiéndome a lo señalado en la licitud del objeto que fue analizado en líneas anteriores. En adición, el hecho de que las condiciones que se estipulen en el mismo, deberán ser acordes con las disposiciones en comento, bajo la sanción de que una parte de los ingresos se destinarán a la institución de beneficencia correspondiente.

#### 5.3.2.4. Forma

El maestro Fausto Rico Álvarez refiere que la forma “es la manera en la que la voluntad debe exteriorizarse para producir los efectos jurídicos deseados”<sup>245</sup>. Luego entonces, las “formalidades” son el conjunto de requisitos que han de seguirse para el otorgamiento de un contrato.

---

<sup>245</sup> Op. Cit. RICO ÁLVAREZ. pág. 139.

La regla general es que no se requiere forma alguna para el otorgamiento de un contrato; solamente en los casos en que la ley lo exija deberán respetarse ciertas formalidades.

“Artículo 1796.- Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley.”

“Artículo 1832.- En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley.”

Al respecto, considero que, en materia de gestación por sustitución, no basta el mero consentimiento para el perfeccionamiento del contrato, toda vez que en el mismo se encuentra inmersos derechos fundamentales tanto de las partes que lo integran como del menor; de ahí que lo más adecuado para garantizar que no exista una contravención a los mismos y que se cumplan todas las obligaciones pactadas, por ello, la forma deberá ser por escrito y el mismo deberá ser aprobado por una autoridad jurisdiccional competente, en este caso, un Juez de lo Familiar, quien es precisamente el encargado de proteger la organización y el desarrollo de la familia, además de velar por el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos.

La falta de forma en un contrato es sancionada con la nulidad; sin embargo, cuando pueda probarse la existencia del negocio, cualquiera de los

interesados podrá ejercitar la “*actio pro forma*” o acción pro forma, misma que convalidaría la carencia del contrato, según lo previsto por el artículo 1833 del Código sustantivo de la materia, que reza:

“Artículo 1833.- Cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal.”

#### 5.4. Obligaciones de las partes

##### 5.4.1. Obligaciones de la madre gestante

Algunas de las obligaciones para la madre gestante que garantizan que el contrato se lleve a cabo son las siguientes:

- Aportar su material genético en caso tratarse de la modalidad: tradicional.
- Entregar al menor después del alumbramiento, salvo que, el hacerlo implique un riesgo para el bienestar y seguridad del menor, en este caso las autoridades competentes estarán facultadas para determinar la custodia legal, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, velando siempre por el interés superior del menor.
- La madre gestante deberá abstenerse de realizar alguna actividad que pueda implicar un riesgo para la salud física de ella o el menor.

Sin embargo, las mismas son enunciativas más no limitativas, pues las partes pueden pactar otras que no transgreda con el orden público y el interés social y sobre todo con el interés superior del menor:

#### 5.4.2. Obligaciones de los contratantes

Algunas de las obligaciones para los contratantes son:

- Pagar el precio pactado:
  - Contrato gratuito: Los padres de intención deberán pagar los gastos que se generen a causa del procedimiento antes, durante y después del embarazo.
  - Contrato oneroso: Los padres de intención deberán pagar el precio pactado por llevar a término el embarazo, y los gastos que se generen a causa del procedimiento antes, durante y después del embarazo.

Por lo que se refiere a la contraprestación a cargo de los padres de intención a favor de la gestante, es necesario recalcar que esa retribución deriva exclusivamente por el objeto indirecto del contrato, es decir, por llevar a término el embarazo.

- Recibir al infante posterior al alumbramiento, y dicha recepción no puede estar condicionada bajo ninguna circunstancia, tales como el sexo, malformaciones genéticas, enfermedades congénitas, raza, entre otras.

Existe la postura de que en caso de que se llegará a efectuar la entrega del menor, se incurriría en un ilícito de carácter penal como lo es el tráfico de menores, que establece lo siguiente:

“Artículo 366 Ter. - Comete el delito de tráfico de menores quien traslade a un menor de dieciséis años de edad o lo entregue a un tercero, de manera ilícita,

fuera del territorio nacional, con el propósito de obtener un beneficio económico indebido por el traslado o la entrega del menor.

Cometen el delito a que se refiere el párrafo anterior:

- I. Quienes ejerzan la patria potestad o custodia sobre el menor, aunque no haya sido declarada, cuando realicen materialmente el traslado o la entrega o por haber otorgado su consentimiento para ello;
- II. Los ascendientes sin límite de grado, los parientes colaterales y por afinidad hasta el cuarto grado, así como cualquier tercero que no tenga parentesco con el menor. Se entenderá que las personas a que se refiere el párrafo anterior actúan de manera ilícita cuando tengan conocimiento de que:
  - a) Quienes ejerzan la patria potestad o la custodia del menor no han otorgado su consentimiento expreso para el traslado o la entrega, o
  - b) Quienes ejerzan la patria potestad o la custodia del menor obtendrán un beneficio económico indebido por el traslado o la entrega.
- III. La persona o personas que reciban al menor.

A quienes cometan el delito a que se refiere el presente artículo se les impondrá una pena de tres a diez años de prisión y de cuatrocientos a mil días multa.

Además de las sanciones señaladas en el párrafo anterior, se privará de los derechos de patria potestad, tutela o custodia a quienes, en su caso, teniendo el ejercicio de éstos cometan el delito a que se refiere el presente artículo.

Se aplicarán hasta las dos terceras partes de las penas a las que se refiere este artículo, cuando el traslado o entrega del menor se realicen en territorio nacional.”

Al respecto cabe mencionar:



- La conducta tipificada es la recepción de un menor de 16 años; sin embargo, existe una omisión legislativa si la misma deberá verificarse materialmente, tal y como se establece para su entrega.
- Por otro lado, se actualiza si se realiza de manera ilícita fuera del territorio nacional, es decir, si se recibe al menor dentro del territorio nacional, aun siendo de manera ilícita, no se estaría en presencia del tipo penal. En ese tenor, si la recepción del menor por parte de la madre gestante a los padres de intención se ejecuta dentro del territorio nacional, no podría ser imputable el delito.
- Otro requisito para que se verifique la conducta es que tenga como propósito la obtención de un beneficio económico; bajo ese contexto, si el contrato desde un principio fue a título gratuito, tampoco se estará en presencia de dicho ilícito.
- Puede existir un conflicto normativo entre el precitado numeral y la legislación de Tabasco y Sinaloa que regulan la gestación por sustitución, de ahí que corresponde al Congreso de la Unión realizar la reforma pertinente a fin de armonizar el sistema jurídico y acoplarlo a la realidad.
- Adquirir un seguro de vida, de gastos médicos mayores, de invalidez o incapacidad total y permanente a favor de la gestante.

Asimismo, como lo señalé en las obligaciones de la madre gestante, de manera análoga, se podrán incluir más obligaciones siempre que cumplan con los requisitos previamente apuntados.

Por último, para materializar todo lo dicho en el presente capítulo, también propongo un modelo del contrato de gestación por sustitución, visible en la presente tesis como anexo IV.

## CONCLUSIONES

PRIMERA. En principio, los descubrimientos sobre la reproducción asistida en las últimas décadas fueron un punto de inflexión para solucionar diversos problemas reproductivos a través de distintos métodos, en consecuencia, actualmente existe un incremento acelerado a nivel internacional de solicitudes para someterse dicho procedimiento.

Sin embargo, esto no implica que el mismo aumente la sobrepoblación en el mundo, pues los nacimientos que acontecen derivado de las técnicas de reproducción humana asistida no se comparan con los nacimientos que se verifican a nivel mundial de forma natural, pues antes de que existieran dichas técnicas iba en aumento la población, mientras que, actualmente debido a la disminución de la tasa de fertilidad, va en descenso.

SEGUNDA. Debido al surgimiento de la gestación por sustitución, distintos países se han visto en la necesidad de someter a consideración si la permiten o prohíben, legislando al respecto, y al ser deficiente el marco jurídico de los países previamente analizados, se concluyó que se está incurriendo en violaciones a los derechos humanos de las partes involucradas, y en el detrimento al interés superior del menor.

TERCERA. En esa medida, al estimar y concluir que el orden normativo interno en los Estados es insuficiente, y que impide que las autoridades competentes resuelvan los conflictos entre las partes suscitados por la gestación por sustitución, considero indispensable la creación de la “Convención De la Haya sobre Gestación por Sustitución” que regule la misma, a efecto de que

exista una herramienta legal que contenga parámetros mínimos para la protección de sus derechos humanos, resaltando que mientras más países los suscriban, mayor será el beneficio.

CUARTA. Dicho lo anterior, la importancia de la Convención Internacional De la Haya sobre Gestación por Sustitución también resulta de su obligatoriedad, pues una vez firmado y ratificado el mismo, difícilmente puede ser modificado y/o denunciado.

QUINTA. En ese contexto, los Estados firmantes deberán adaptar sus leyes internas a la referida Convención, a través de los lineamientos que se encuentran en la misma, mediante la adición de cuestiones que favorezcan a las partes más vulnerables, y deberán tomar en cuenta los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos.

SEXTA. Resulta indispensable y urgente que en México se lleve a cabo una regulación idónea al respecto, que se encuentre adecuado a la realidad, basándose en las consideraciones vertidas a lo largo del presente trabajo, dado que actualmente y a pesar de las regulaciones que ha habido al respecto, aún se presentan temas de inseguridad jurídica.

SÉPTIMA. Como consecuencia de la incongruente, anacrónica e incorrecta regulación en México sobre la gestación por sustitución, se han venido suscitando conflictos a nivel jurisdiccional ante los tribunales, cuestión que como se dijo en líneas precedentes, puede ser evitada con un adecuado marco normativo.

OCTAVA. Como Alchourrón y Bulygin correctamente observan: "Crear que todos los sistemas jurídicos son completos porque ellos deben así serlo es una ilusión, deducir la existencia de completitud de la exigencia de completitud es una falacia"<sup>246</sup>. Dicho lo anterior, sería absurdo postular que tanto la Convención Internacional como las legislaciones que se realicen al respecto no contengan lagunas o antinomias, es por ello que se debe de realizar la interpretación de dichas normas, en atención a los derechos humanos de las partes, y al interés superior del menor nacido a través de la gestación por sustitución.

NOVENA. A fin de evitar que el cumplimiento de las obligaciones se deje al arbitrio de alguno de los contratantes, se concluye que las personas que deseen llevar a cabo la multicitada práctica, lo hagan a través de un contrato, que es el instrumento jurídico más adecuado para dotar de la seguridad jurídica necesaria a las partes.

DÉCIMA. Bajo ese contexto, el contrato deberá contener los elementos propuestos en el capítulo correspondiente, tomando en cuenta en primer lugar el interés superior del menor, y procurando se respeten los derechos humanos de las partes.

DÉCIMA PRIMERA. Por último, en caso de presentarse una controversia relacionada con la gestación por sustitución, quienes se encuentran obligados a resolver son los Jueces de lo Familiar, y deberán atender a la Convención

---

<sup>246</sup> Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Normative Systems*, Springer-Verlag, Wien New York, 1971, p. 175.

Internacional Sobre Gestación por Sustitución propuesta, a las leyes que estén de acuerdo con éstas, y en su caso, al contrato que ambas partes hayan pactado, protegiendo sus prerrogativas fundamentales.

## BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS

ALCHOURRÓN, Carlos y Bulygin, Eugenio, Normative Systems, Springer-Verlag, Wien New York, 1971.

AMADOR JIMÉNEZ, Mónica. Biopolíticas y biotecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada en India. Revista CS. S.E. Cali, 2010, Colombia, número 6, julio – diciembre 2010, pág. 201.

ARRECHEDERA, Luis. Realidad, ilusión y delirio en el derecho de filiación. Las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013 y 15 de enero de 2014, S.N.E., Editorial DYKINSON, Madrid, 2017.

BONILLO GARRIDO, L. El reconocimiento y ejecución de sentencias de maternidad por sustitución, citado en LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres.

BRENA SESMA, Ingrid “La gestación subrogada: ¿una nueva figura del derecho de familiar”, en Ingrid Brena Sesma (coord.), Reproducción asistida, México, UNAM, 2012

CHAPERO, Silvana María, Maternidad Subrogada, 1ª. Ed. Astrea, 2012.

CNDH. “Derechos Humanos en el artículo 1º Constitucional: obligaciones, principios y tratados”, primera edición, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, México, 2015.

Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación “In Vitro”) vs Costa Rica. Excepciones preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Párrafo 272.

DE LA MATA PIZAÑA, Roberto. Derecho Familiar y sus reformas más recientes a la legislación del Distrito Federal. 4ed. Ed. Porrúa. México. 2008.

“Derechos Humanos en el artículo 1º Constitucional: obligaciones, principios y tratados”, primera edición, S.E., México, 2015, pág. 19

DE VERDA Y BIAMONTE, J.R. Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010). citado por LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres. Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, s.f.

EL PAÍS, viernes 11 de julio de 2014, p. 34, citado en ARRECHEDERA, Luis. Realidad, ilusión y delirio en el derecho de filiación. Las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013 y 15 de enero de 2014, S.N.E., Editorial DYKINSON, Madrid, 2017, pág. 109

GIROUX, M. L´encadrement de la maternité de substitution au Québec et la protection de l´intérêt de l´enfant, citado por LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres, Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona.

GOLOMBOK, Susan. Nuevas formas familiares, en Rosario Esteinou (coord.) La nueva generación social de familias. Tecnologías de reproducción asistida y temas contemporáneos. México, Publicaciones de la Casa Chata, 2012.

GONZÁLEZ MARÍN, Nuria. Maternidad Subrogada y adopción internacional. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2012

GUTIÉRREZ y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. 19ª edición. Editorial Cajica, S.A., 2012, pág. 253.

HATZIZ, A. N. From soft to hard paternalism and back: the regulation of surrogate motherhood in Greece citado en LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres.

HITTERS, Juan Carlos y Oscar Fappiano, "Derecho Internacional de los Derechos Humanos", citado por CASTAÑEDA, Mireya, El derecho internacional de los derechos humanos y su recepción nacional, 1ª ed., S.E., México, 2012

JADVA, Vasanti. "Subrogación en el Reino Unido: experiencias de padres, niños y madres por encargo", en Rosario Esteinou (coord.) La nueva generación social de familias. Tecnologías de reproducción asistida y temas contemporáneos. México, Publicaciones de la Casa Chata, 2012.

MARÍN VÉLEZ, Gustavo Adolfo. El arrendamiento de vientre en Colombia. Medellín: Universidad de Medellín. 2005. pp. 179 – 180.

MIRAMÓN PARRA, A. Teoría de las nulidades e ineficacia del acto jurídico, conferencias en homenaje a la Universidad Nacional Autónoma de México por su centenario. Colegio de Profesores de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la UNAM, México, D.F., octubre 2009, Págs. 219.

MURCIA MORENO, Brandon Maverick. Derecho de Nacionalidad: Los menores nacidos por gestación subrogada. Tesis de grado, Universidad de Alicante, España, 2019.

OLAVARRÍA, María Eugenia. La gestación para otros en México: Parentesco, tecnología y poder. S.N.E. México: Centro de estudios mexicanos y centroamericanos, 2018.

OLAYA Godoy, M. Régimen jurídico de la tecnología reproductiva y de la investigación biomédica con material humano embrionario, S.N.E., Editorial DYKINSON, Madrid, 2014

OLIVER Sola, María Cruz. Precedentes Romanos Sobre Adopción, Tutela y Cúratela. Dereito. Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela, España, 2002, Vol 18, n.º 2; 181-220, 2009

PALOMAR VEREA, Cristina. Maternidad: historia y cultura, Revista de Estudios de Género, La ventana, Universidad de Guadalajara México, Guadalajara, 2005, volumen 3, N. 22, diciembre 2005.

RICO ÁLVAREZ, Fausto *et al.* Teoría General de las Obligaciones, 1ed, Editorial Porrúa, México, 2005.

Sentencia recaída al Amparo en Revisión 2766/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 12 de julio de 2017.

SERNA DE LA GARZA, José Ma. Federalismo y sistemas de distribución de competencias legislativas, en Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos, U.N.A.M., Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, D.F., 2003, págs. 412.



Síntesis informativa de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. "SCJN inicia el análisis de disposiciones del Código Civil de Tabasco en materia de Gestación Subrogada; declara invalidez de artículo 380 bis por falta de competencia del legislador local para regular la salubridad general y de una porción normativa en su párrafo tercero por ser discriminatoria." No. 154/2021

VALENZUELA GUZMAN, Maribel Alejandrina. La Revolución Francesa. S.E. Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Humanidades. GUATEMALA, 2008, p.7.

VAN NIEKERK, A., Van Zyl, L. The ethics of surrogacy: women's reproductive labour citado en LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres

## **LEYES, CÓDIGOS, CONVENCIONES**

Código Civil de Querétaro, publicado en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado "la sombra de arteaga", el 21 de octubre de 2009 (p. o. no. 80).

Código Civil de Tabasco, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 9 de abril de 1997.

Código Civil Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928.

Código Civil para el Distrito Federal, hoy Ciudad de México, Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 1928.

Código civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza, publicado en el Periódico Oficial, el viernes 25 de junio de 1999.

Código Familiar de Sinaloa, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 6 de febrero de 2013.

Código Penal Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1931.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917

Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica" publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1981.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de mayo de 1981

## **JURISPRUDENCIA**

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Derecho a la vida familiar de las parejas del mismo sexo, Amparo en revisión 581/2012, 5 de diciembre de 2012, Unanimidad de cuatro votos, Décima Época, Primera Sala, en Semanario Judicial de la Federación, Tomo I, pág. 127.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Discriminación por objeto y por resultado. Su diferencia, Acción de inconstitucionalidad 8/2014, Comisión de Derechos Humanos del Estado de Campeche. 11 de agosto de 2015, Mayoría de nueve votos en relación con el sentido de la sentencia respectiva, Décima Época, Pleno, en Semanario Judicial de la Federación, Tomo I, pág. 255.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, "Matrimonio entre personas del mismo sexo. Las normas civiles que definen la institución del matrimonio como la que se celebra entre un solo hombre y una sola mujer, contienen una distinción con base en una categoría sospechosa", jurisprudencia, Amparo en revisión 263/2014. 24 de septiembre de 2014. Mayoría de cuatro votos

de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular, en el que estima que en el caso no existió acto concreto de aplicación de la norma impugnada, Décima Época, Primera Sala, en Semanario Judicial de la Federación, Tomo I, pág. 186.

## INTERNET

Asociación Española de Abogados de Familia (AEFA). Información recogida por El Mundo el 5 de marzo de 2017: <http://www.elmundo.es/sociedad/2017/03/05/58bbe43cca4741c1428b4579.html>

Asociación por la Gestación Subrogada. Información recogida por El Mundo el 24 de febrero de 2017: <http://www.elmundo.es/paisvasco/2017/02/24/58b0582b468aeb4c1e8b45e5.html>

“Babygest” <https://babygest.com/es/>

CAMPBELL, D. “More and more childless Britons head overseas to find surrogate mothers”, The Guardian, 15 de marzo de 2015, <https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2015/mar/14/childless-britons-increasingly-surrogate-babies>

Código Civil Argentino” [https://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Civil\\_de\\_la\\_Republica\\_Argentina.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf)

Código Penal. Legislación Consolidada, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en Boletín Oficial Del Estado, 1–199, 1995” <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>

Constitución Española, 1978” <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

“Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>

“Decimosexta propuesta de la situación del estado 2020: legalización de la gestación subrogada”, consultado el 17 de junio de 2020 en [https://www.governor.ny.gov/sites/governor.ny.gov/files/atoms/files/12.30.19.rel\\_16thPROPOSAL\\_Spanish.pdf](https://www.governor.ny.gov/sites/governor.ny.gov/files/atoms/files/12.30.19.rel_16thPROPOSAL_Spanish.pdf)

“Declaración Universal de Derechos Humanos” [https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/spn.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf)

“Derechos sexuales y reproductivos” <https://hchr.org.mx/historias-destacadas/derechos-sexuales-y-reproductivos-2/>

“Día Mundial de la Infertilidad; La infertilidad es una enfermedad y tiene tratamiento” <https://www.igenomix.mx/fertilidad/dia-mundial-de-la-infertilidad-la-infertilidad-es-una-enfermedad-y-tiene-tratamiento/>

“En el Reino Unido todo empezó con ‘Baby Cotton’” [https://elpais.com/sociedad/2019/04/17/actualidad/1555506649\\_845481.html](https://elpais.com/sociedad/2019/04/17/actualidad/1555506649_845481.html)

“El Estado de Nueva York (EEUU) anula la prohibición sobre la maternidad subrogada”, consultado en <https://www.maternidadsubrogada.com.ar/index.php/publicaciones/129-maternidad-subrogada-aprobada-en-nuevayork#:~:text=La%20maternidad%20subrogada%20onerosa%20en%20Estados%20Unido>

s%20es%20legal%20en,al%20menos%20no%20est%C3%A1%20prohibida.&text=El%20proyec to%20de%20ley%20de,15%20de%20febrero%20de%202021.

“El Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación Contra La Mujer, Mitos y supuestos” [https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/mujeres3/CEDAW2/docs/BIBLIOTECA\\_3.pdf](https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/mujeres3/CEDAW2/docs/BIBLIOTECA_3.pdf).

“Gestación subrogada en México, resultados de una mala regulación” <https://gestacion-subrogada.gire.org.mx/#/>

“Historia de la gestación subrogada: antecedentes y casos previos” <https://babygest.com/es/historia-casos-previos-gestacion-subrogada/>

“Imperio Carolingio” <https://mihistoriauniversal.com/edad-media/imperio-carolingio>

“La biotecnología se define como el conjunto de técnicas que involucran la manipulación de organismos vivos o sus componentes sub-celulares, para producir sustancias, desarrollar procesos o proporcionar servicios.” [https://www.conacyt.gob.mx/cibiogem/images/cibiogem/comunicacion/divulgacion/Que\\_es\\_la\\_Bi otecnologia.pdf](https://www.conacyt.gob.mx/cibiogem/images/cibiogem/comunicacion/divulgacion/Que_es_la_Bi otecnologia.pdf)

“La problemática actual de la maternidad subrogada. Universidad de Almería.” [http://repositorio.ual.es/bitstream/handle/10835/4704/10763\\_LA%20PROBLEMA%20ACTUAL%20DE%20LA%20MATERNIDAD%20SUBROGADA.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.ual.es/bitstream/handle/10835/4704/10763_LA%20PROBLEMA%20ACTUAL%20DE%20LA%20MATERNIDAD%20SUBROGADA.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

LAMM, Eleonora. “Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres. Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, s.f. Ley sobre protección de embriones de 13 de diciembre de 1990” en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2292/5.pdf>

“Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.” <https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-consolidado.pdf>

“Ley 26.413” <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/145000-149999/145345/texact.htm>

“Los sumerios” <https://mihistoriauniversal.com/edad-antigua/los-sumerios>

MARTÍNEZ BULLÉ-GOYRI, Víctor M. “Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad. *Boletín mexicano de derecho comparado*”, 2013, págs.39-67. [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S004186332013000100002&lng=es &tIng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S004186332013000100002&lng=es &tIng=es)

“México ante la CEDAW: un mecanismo que avanza, interpela y exige resultados” <https://www.gob.mx/inmujeres/articulos/mexico-ante-la-cedaw-un-mecanismo-que-avanza-interpela-y-exige-resultados?idiom=es>

“Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer” [http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos\\_download/CEDAW\\_C\\_MEX\\_CO\\_7\\_8\\_esp.pdf](http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/CEDAW_C_MEX_CO_7_8_esp.pdf).

“Salud y Derechos Humanos Reproductivos” <https://www.ohchr.org/es/node/3447/sexual-and-reproductive-health-and-rights>

“Situación de la infertilidad en México” <https://ammr.org.mx/situacion-de-la-infertilidad-en-mexico/>

“Testimonios reales de maternidad subrogada” <https://babygest.com/es/experiencias-en-gestacion-subrogada/>

"The Child-Parent Security Act" consultado en [https://assembly.state.ny.us/leg/?default\\_fld=&leg\\_video=&bn=A06959&term=2017&Memo=Y&Text=Y](https://assembly.state.ny.us/leg/?default_fld=&leg_video=&bn=A06959&term=2017&Memo=Y&Text=Y)

"The Constitution Of The United States: en español" <https://constitutioncenter.org/learn/educational-resources/historical-documents/the-constitution-of-the-united-states-html-en-espanol>

## Anexo I. Estadísticas de la gestación por sustitución

A continuación, se analizará el aumento que ha tenido a nivel mundial el procedimiento de gestación por sustitución, lo anterior, con la finalidad de conocer la viabilidad del estudio a realizar, puesto que, de existir un incremento gradual importante en el mismo, se concluirá que es importante que exista una regulación al respecto.

### 1. España

De acuerdo con datos proporcionados por el Ministerio de Asuntos Exteriores del Gobierno de España en respuesta parlamentaria a finales de 2017 entre 2010 y 2016 se habrían registrado en torno a 979 nacimientos por gestación subrogada o vientres de alquiler en oficinas consulares y misiones diplomáticas de 12 países distintos donde esta práctica está legalizada y a los que acuden las parejas españolas.<sup>247</sup>

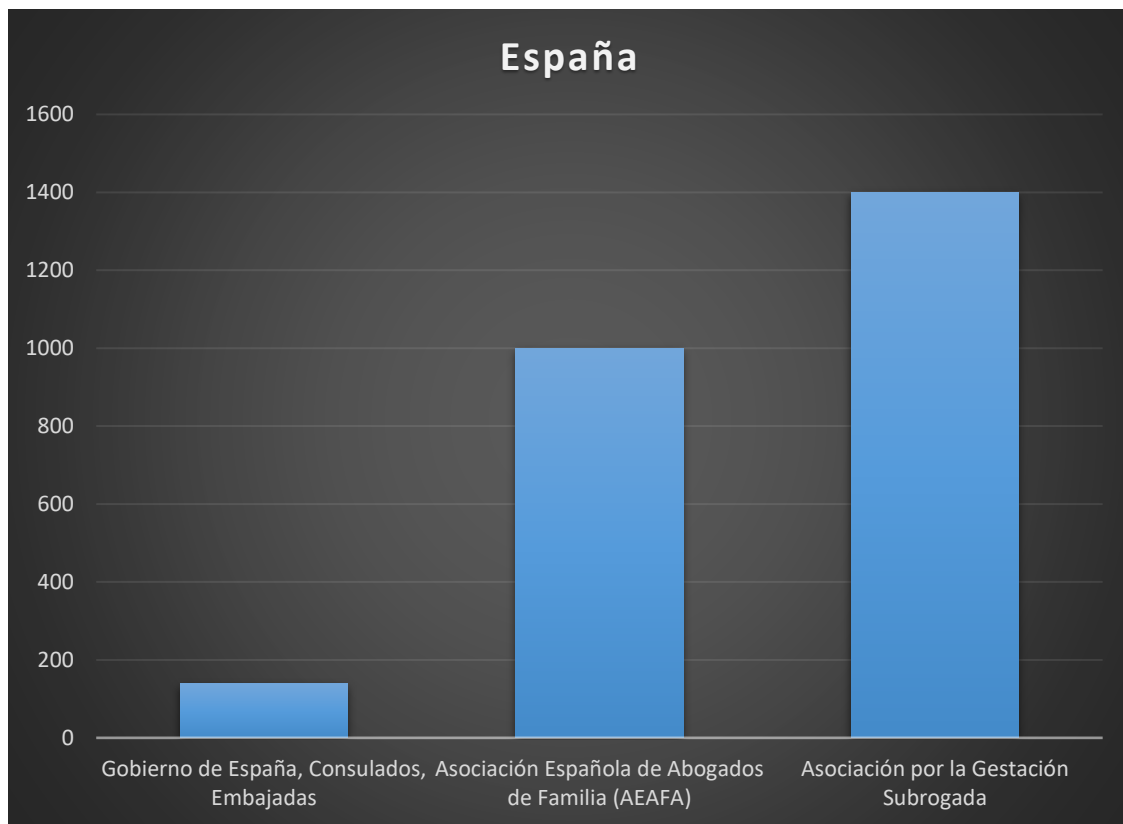
Las distintas asociaciones vinculadas con este fenómeno indican que al año podrían estar llegando a España entre 1.000<sup>248</sup> y 1.400<sup>249</sup> niñas y niños nacidos por gestación subrogada o vientre de alquiler.

---

<sup>247</sup> Información recogida por El País en diciembre de 2017 a partir de datos de la respuesta del gobierno en el congreso.  
[https://politica.elpais.com/politica/2017/12/13/actualidad/1513185337\\_622133.html](https://politica.elpais.com/politica/2017/12/13/actualidad/1513185337_622133.html)

<sup>248</sup> Asociación Española de Abogados de Familia (AEAFA). Información recogida por El Mundo el 5 de marzo de 2017:  
<http://www.elmundo.es/sociedad/2017/03/05/58bbe43cca4741c1428b4579.html>

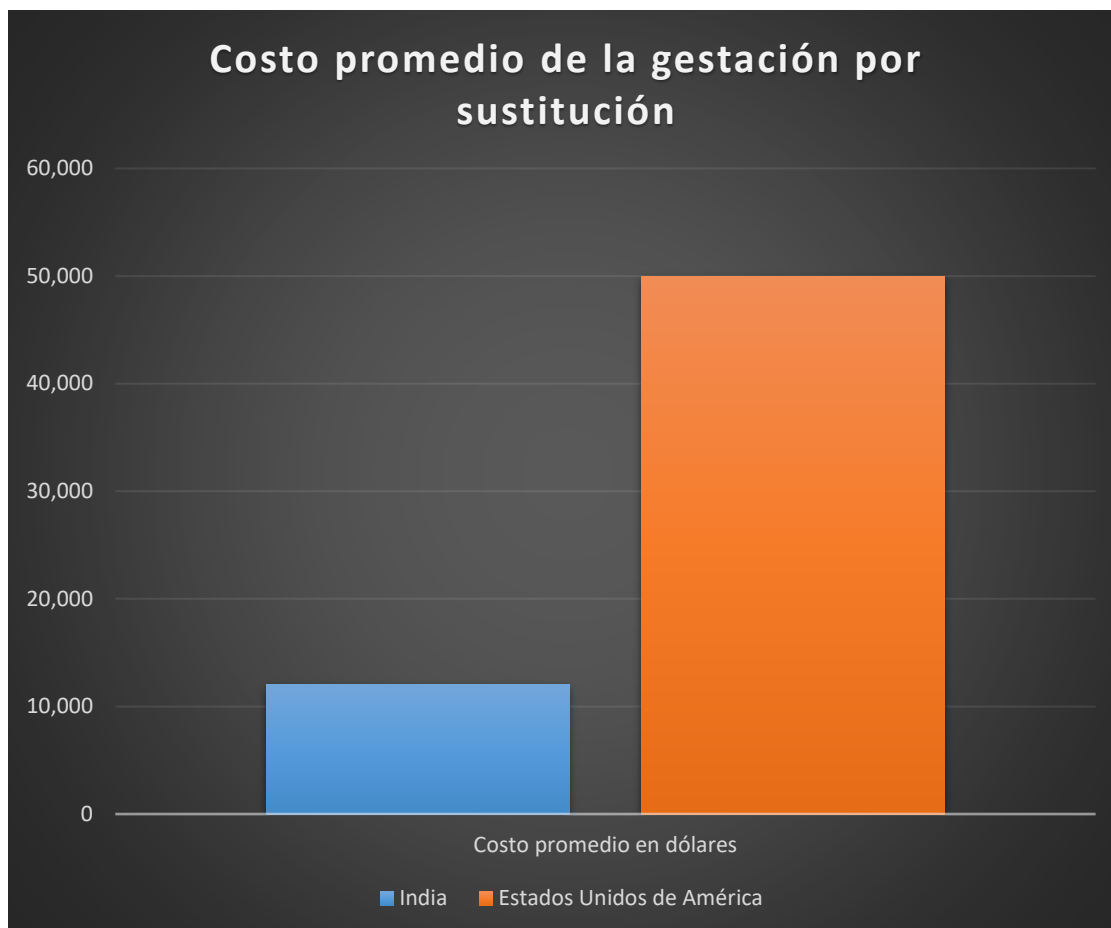
<sup>249</sup> Asociación por la Gestación Subrogada. Información recogida por El Mundo el 24 de febrero de 2017: <http://www.elmundo.es/paisvasco/2017/02/24/58b0582b468aeb4c1e8b45e5.html>



## 2. India

Aunque no existe información estadística sobre cuántos partos por maternidad subrogada se producen por año en India, de acuerdo con el especialista Dr. Gautam Alhbadia, en 2010 se debieron haber realizado entre 150 y 200 intervenciones exitosas. Los costos de la reproducción por maternidad subrogada en India son bastante bajos comparados a mercados europeos o de EE.UU, cada una por un valor aproximado de entre \$10.000 a \$12.000 dólares.

Bastante barato si se compara con Europa o Norte América, donde costaría cerca de 50.000 dólares.<sup>250</sup>

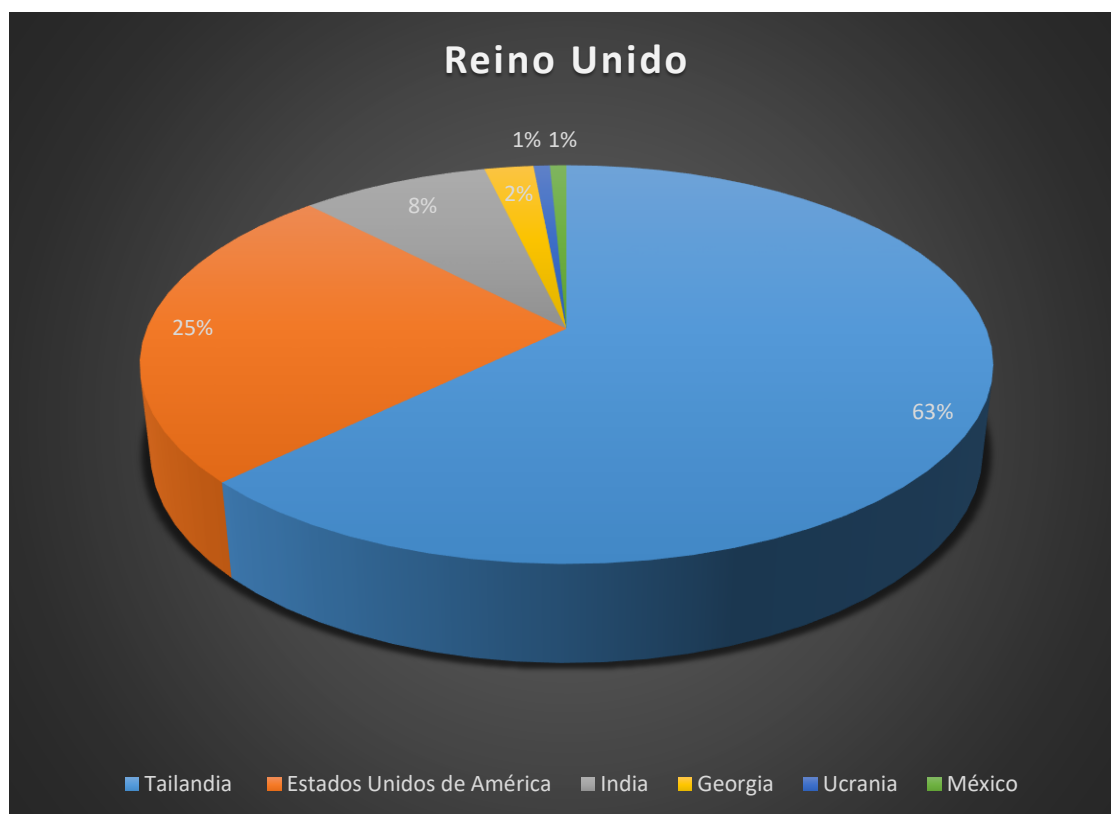


### 3. Reino Unido

Los datos publicados por el diario británico “*The Guardian*” habla de más de mil parejas que contratan fuera de este país en los últimos años, la cifra más alta de toda Europa. En todo caso, en 2015 de los 271 casos de maternidad

<sup>250</sup> AMADOR JIMÉNEZ, Mónica. Biopolíticas y biotecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada en India. Revista CS. S.E. Cali, 2010, Colombia, número 6, julio – diciembre 2010, pág. 203.

subrogada registrados oficialmente en las islas británicas, 170 habían recurrido a vientres de alquiler de Tailandia, 68 en Estado Unidos de América, 23 en la India y, en menor medida, en Georgia, Ucrania y México.<sup>251</sup>



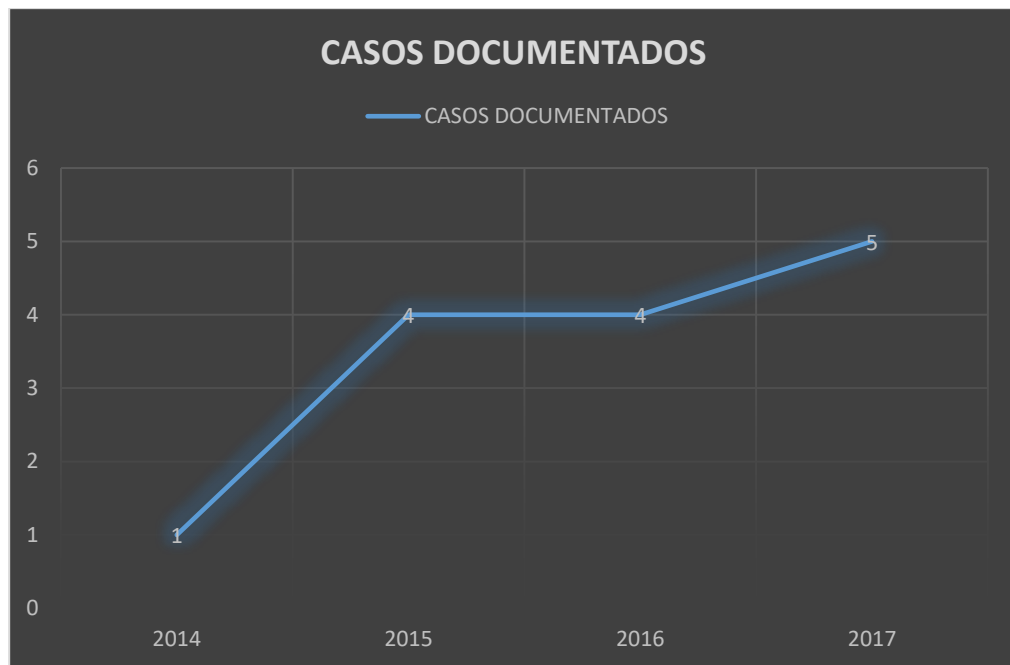
<sup>251</sup> CAMPBELL, D. "More and more childless Britons head overseas to find surrogate mothers", The Guardian, 15 de marzo de 2015, <https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2015/mar/14/childless-britons-increasingly-surrogate-babies>



#### 4. México

El Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE) nació en 1992 y durante más de 25 años se ha consolidado como una organización de derechos reproductivos.<sup>252</sup>

Actualmente, se han registrado, documentado y litigado diversos casos; sin embargo, no existe un registro oficial, aunque es claro que cada año se han incrementado nuevos casos.



<sup>252</sup> <https://gire.org.mx/quienes-somos/>

En resumen, existe una tendencia de incremento a nivel mundial del proceso de gestación por sustitución, y considero necesario el estudio en primer lugar, de derecho comparado a fin de conocer cómo se ha regulado dicha figura en diversos países, en segundo lugar, la creación de una convención internacional que la regularla, y, por último, la propuesta de los contratos sobre la misma.

Anexo II. Convención Internacional sobre Gestación por Sustitución.

**“Convención Internacional De la Haya sobre Gestación por Sustitución”.**

Los Gobiernos de los Estados Miembros de la presente convención, deseosos de proteger y garantizar los derechos humanos de las partes que se sometan a un proceso de gestación por sustitución y convencidos que dicha cooperación fortalecida requiere, en particular, un régimen jurídico internacional que proporcione seguridad y asegure la eficacia de los acuerdos celebrados en dicha materia, y que resuelva los conflictos de leyes que se presenten, han acordado lo siguiente:

**Artículo 1.** La presente Convención tiene por objeto:

- a) Garantizar la existencia de que el proceso para llevar a cabo la gestación por sustitución se realice en consideración al interés superior del niño y respeto a los derechos fundamentales que reconoce el Derecho Internacional;
- b) Instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes que asegure el respeto a dichas garantías y, en consecuencia, prevenga la sustracción, la venta o el tráfico de niños.
- c) Asegurar el reconocimiento en los Estados contratantes de los nacimientos derivados de un proceso de gestación por sustitución.

**Artículo 2.** La presente Convención se aplica cuando el lugar de residencia de los contratantes se encuentra en un país diferente al de la madre gestante, o bien, de forma supletoria a la ley del Estado firmante.

El/la contratante es un individuo que manifiesta su intención de ser padre o madre del niño nacido como consecuencia de la reproducción asistida, mediante la técnica de gestación por sustitución, y cuyo lugar de residencia.

La madre gestante tradicional, es aquella que además de llevar a cabo la gestación, también aporta sus gametos, mientras que la madre gestante gestacional, es aquella que lleva a cabo el embarazo, sin que aporte el material genético.

**Artículo 3.** Las personas contratantes deberán ser mayores de edad, capaces y en pleno ejercicio de sus derechos y obligaciones, según la ley de su país.

**Artículo 4.** Todas las obligaciones resultantes de un contrato de gestación por sustitución se rigen por la ley del lugar donde se encuentre la madre gestante tradicional o gestacional.

**Artículo 5.** Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar el derecho del hombre y la mujer a formar una familia por medio de la gestación por sustitución, así como sus derechos reproductivos reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, orientación sexual, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, adoptando, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las

disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos.

**Artículo 6.** Los Estados partes tomarán medidas para que se garantice la salud de la madre gestante y el menor durante el proceso de inseminación artificial, el periodo de gestación y el parto, poniendo especial énfasis en vigilar que los centros de salud donde se lleve a cabo, cumplan con las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de higiene y seguridad, a fin de proteger su integridad física, psíquica y moral.

**Artículo 8.** Los Estados Parte se obligan a reconocer las obligaciones derivadas de los contratos o convenios sobre gestación por sustitución celebrados entre las partes, siempre que no transgredan con el orden público e interés social de su país.

**Artículo 9.** La madre gestante y los contratantes tienen derecho a acudir a los Tribunales competentes, para que se diriman las controversias inherentes a la gestación por sustitución, con independencia de la existencia o no de una ley especial.

Será competente aquel Tribunal donde se haya celebrado el contrato, y se resuelvan las controversias familiares.

**Artículo 10.** La madre gestante tiene derecho:

- a) A que se le informe antes de someterse al proceso de gestación por sustitución sobre su proceso, las consecuencias y los riesgos inherentes al mismo.

b) A que se le cubran los gastos médicos necesarios para que llevar a cabo el proceso de gestación por sustitución de manera segura y digna, así como asistencia médica y legal durante el mismo.

c) A interrumpir el proceso de gestación por sustitución en caso de que el mismo ponga en riesgo su vida, o bien, pueda causarle alguna enfermedad mortal o incapacidad parcial o total permanente.

d) A recibir una indemnización o pensión temporal o vitalicia por parte del comitente en caso de que haya sufrido alguna enfermedad mortal o incapacidad parcial o total permanente a consecuencia del proceso de gestación por sustitución.

Será competencia de las autoridades judiciales determinar el monto, tomando en consideración la gravedad y circunstancias de la misma.

**Artículo 11.** Todo contratante tiene derecho a que después del parto de la madre gestante, le sea entregado el menor, siempre y cuando las condiciones médicas y de salud del infante lo permitan, quienes deberán asumir su responsabilidad inmediatamente después a su nacimiento, salvo que, de hacerlo pueda implicar un riesgo para el bienestar y seguridad del menor. Las autoridades competentes estarán facultadas para determinar, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, la custodia legal de conformidad con el interés superior del menor.

**Artículo 12.** Los Estados Partes 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.

**Artículo 13.** Cuando un niño sea privado de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, por cuestiones relacionadas con la gestación por sustitución, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Anexo III. Contrato de Promesa de Gestación por Sustitución.

**CONTRATO DE PROMESA DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN** que celebran, por una parte, la C. Natalia Santana Díaz, en adelante referida como **“FUTURA MADRE GESTANTE”** y, por otra parte, los señores Anne Boissenau y Antoine Laurent, que en lo sucesivo se denominarán **“FUTUROS PADRES CONTRATANTES”**; además se hará referencia a ellas de manera conjunta como **“LAS PARTES”**, en este sentido **LAS PARTES** manifiestan las siguientes declaraciones y cláusulas:

#### **DECLARACIONES:**

- I. Declara la **MADRE GESTANTE** ser mexicana por nacimiento, tener 26 años de edad, soltera y tener plena capacidad jurídica para la celebración del presente contrato, quien se identifica con la credencial para votar expedida por el Instituto Nacional Electoral con clave **SADN950723MDFRNL01** y, conocer el contenido del presente contrato, así como sus alcances y efectos.

La **FUTURA MADRE GESTANTE** señala como su domicilio el ubicado en:  
Calle 14 #110, Ampliación Progreso Nacional, Gustavo A. Madero, 07650  
Ciudad de México.

- II. Los **FUTUROS PADRES CONTRATANTES** declaran ser de nacionalidad francesa, mayores de edad, tener 40 y 45 años de edad respectivamente, solventes, con plena capacidad jurídica para la celebración del presente



contrato y estar casados, cuya apostilla del acta de matrimonio se agrega al presente contrato como **Anexo 1**, y, conocer el contenido del presente contrato, así como sus alcances y efectos.

Los **FUTUROS PADRES CONTRATANTES** se identifican con pasaportes **BOANN4875611474** y **LAART8752146247**, respectivamente y señalan su domicilio el ubicado en:

9, Rue de Longchamp, 75116 París, Francia.

Estando de acuerdo **LAS PARTES** con lo manifestado, acuerdan libre y voluntariamente obligarse de conformidad con lo establecido en las siguientes:

## **CLÁUSULAS**

**PRIMERA (OBJETO).** La **FUTURA MADRE GESTANTE** se obliga a concertar con los **FUTUROS PADRES CONTRATANTES**, una vez cumplidas todas las obligaciones del presente acuerdo, el **CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN**.

**SEGUNDA (VIGENCIA).** El presente contrato tendrá una vigencia de 12 meses (DOCE MESES) a partir de la firma del presente instrumento.

**TERCERA (OBLIGACIONES DE LOS FUTUROS PADRES CONTRATANTES):**

Los **FUTUROS PADRES CONTRATANTES** se obligan a:

1. Los **FUTUROS PADRES CONTRATANTES** se obligan a pagar todos los gastos generados por concepto de estudios clínicos y psicológicos a fin de asegurar la idoneidad de la **FUTURA MADRE GESTANTE**. Dichos

estudios se realizarán en el **HOSPITAL ÁNGELES ACOXPA** ubicado en Calzada Acoxpa 430, Coapa, Ex-Hacienda Coapa, Tlalpan, 14308 Ciudad de México, que en lo posterior se denominará como “**HOSPITAL**”, mismo que se encuentra acreditado y autorizado por la Secretaría de Salud del Gobierno de la Ciudad de México

El procedimiento de fecundación *in vitro* será llevado a cabo en el hospital en cita. Asimismo, será el lugar donde se realizarán todos los procedimientos necesarios para llevar el embarazo a término.

2. Los **FUTUROS PADRES CONTRATANTES** se obligan a gestionar y obtener un seguro de gastos médicos mayores, un seguro de vida y de invalidez o incapacidad total y permanente en favor de la **FUTURA MADRE GESTANTE**, por todo el tiempo que dure el proceso de gestación, mismo que entrará en vigor una vez que la madre gestante firme el **CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN**.

La compañía aseguradora tiene que estar autorizada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y por la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas para operar como institución de seguros.

**CUARTA (OBLIGACIONES DE LA FUTURA MADRE GESTANTE).** La **MADRE GESTANTE** se obliga a:

- 1) Someterse a los estudios médicos y psicológicos necesarios en el **HOSPITAL** antes mencionado, a fin de determinar su perfil clínico y su idoneidad para someterse al proceso de fecundación *in vitro*.

**QUINTA.** (AUTORIZACIÓN JURISDICCIONAL). Los **PADRES CONTRATANTES** y la **MADRE GESTANTE** se obligan a someter el presente contrato y el contrato definitivo a la aprobación de un Juez competente de lo Familiar en la Ciudad de México, a fin de que pueda surtir los efectos legales correspondientes.

**SEXTA (RESCISIÓN Y CLAÚSULA PENAL).** **LAS PARTES** deberán informar por escrito su deseo de terminar con el presente contrato, pues de lo contrario, no quedarán liberados de la responsabilidad civil que pueda imputársele por dicho acto. Dicha decisión se deberá comunicar en cualquiera de los siguientes medios:

-Correo electrónico de Natalia Santana Díaz: natsandiaz@gmail.com

-Correo electrónico de Anne Boissenau: anneboissenau22@gmail.com

-Correo electrónico de Antoine Laurent: antoinelaurent33@gmail.com

En caso de que la **FUTURA MADRE GESTANTE** sea quien rescinda el contrato, devolverá a **LOS PADRES CONTRATANTES** las erogaciones hechas por concepto de consultas médicas, estudios realizados, siendo los anteriores enunciativos más no limitativos, mediante depósito o transferencia electrónica a la cuenta de BBVA Bancomer S.A., Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero BBVA Bancomer, con número 7854623245741 y CLABE: 96587003240015758.

En caso de que los **FUTUROS PADRES CONTRATANTES** sean quienes rescindan el contrato, podrán cancelar las pólizas contratadas; sin embargo, no podrán exigir de la **FUTURA MADRE GESTANTE** los gastos erogados por concepto de consultas médicas, estudios realizados, siendo los anteriores enunciativos más no limitativos, y deberán pagar a la **FUTURA MADRE GESTANTE** la cantidad de \$100,000.00 (CIEN MIL PESOS 00/100 M.N.) por concepto de pena convencional, y deberá ser pagado mediante depósito o transferencia electrónica a la cuenta en Banco Santander (México) S.A., Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero Santander, con número 755844223210 y CLABE: 778541123654110024.

Si de los estudios realizados a la **FUTURA MADRE GESTANTE** resultara que no fuera idónea para someterse al proceso de fecundación in vitro, este contrato quedará rescindido sin responsabilidad para la **FUTURA MADRE GESTANTE**.

**SÉPTIMA** (CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR). No podrá hacerse efectiva la pena cuando el obligado a ella no haya podido cumplir el contrato por el hecho de los **PADRES CONTRATANTES** o la **MADRE GESTANTE**, caso fortuito o fuerza insuperable.

**OCTAVA. AMBAS PARTES** manifiestan **BAJO PROTESTA DE DECIR VERDAD** que sus condiciones económicas y de salud son adecuadas para celebrar el presente contrato y el contrato futuro, a fin de poder llevar a cabo el cumplimiento de sus obligaciones.

**NOVENA (LEYES APLICABLES).** Las partes acuerdan que este contrato se rige por el Código Civil para el Distrito Federal, hoy Ciudad de México respecto de las obligaciones aquí pactadas.

**DÉCIMA (COMPETENCIA).** Las partes acuerdan someterse para todo lo relacionado con la interpretación y/o cumplimiento del presente contrato a la jurisdicción de los Tribunales de la Ciudad de México, renunciando a cualquier otro fuero que pudiera corresponderles en razón de sus domicilios presentes o futuros.

**DÉCIMA PRIMERA (AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO).** Conformes con el presente contrato y una vez que fue explicado su alcance a las partes, éstas lo firman por triplicado y en presencia de dos testigos, sin que medie error, dolo, violencia, lesión o cualquiera otro vicio que pudiera anular su voluntad expresada libre y ordenadamente, entregándose un ejemplar a la **MADRE SUSTITUTA**, otro a los **PADRES CONTRATANTES**.

**MADRE SUSTITUTA**

**PADRES CONTRATANTES**

---

Natalia Santana Díaz

---

Anne Boissenau

---

Antoine Laurent

En la Ciudad de México, México, a las catorce horas del día veintitrés de junio de dos mil veintidós.

## Anexo IV. Contrato de Gestación por Sustitución

**CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN** que celebran, por una parte, la C. Natalia Santana Díaz, en adelante referida como “**MADRE GESTANTE**” y, por otra parte, los señores Anne Boissenau y Antoine Laurent, que en lo sucesivo se denominarán “**PADRES CONTRATANTES**”; además se hará referencia a ellas de manera conjunta como “**LAS PARTES**”, en este sentido **LAS PARTES** manifiestan los siguientes antecedentes, declaraciones y cláusulas:

### **ANTECEDENTES**

Con fecha veintitrés de junio de dos mil veintidós, **LAS PARTES** formalizaron un **CONTRATO DE PROMESA DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN**, documento que en lo sucesivo se le denominará como “**CONTRATO DE PROMESA**”, suscrito en la Ciudad de México, cuyo objeto fue obligarse a celebrar el presente acuerdo de voluntades, por medio del cual las partes manifestaron su deseo de llevar a cabo el proceso de Gestación por Sustitución, a fin de que la señora Anne Boissenau y el señor Antoine Laurent pudieran tener un bebé a través de la señora Natalia Santana Díaz.

### **DECLARACIONES**

- I. Declara la **MADRE GESTANTE** ser mexicana por nacimiento, tener 26 años de edad, soltera y tener plena capacidad jurídica para la celebración del presente contrato, quien se identifica con la credencial

para votar expedida por el Instituto Nacional Electoral con clave **SADN950723MDFRNL01** y, conocer el contenido del presente contrato, así como sus alcances y efectos.

La **MADRE GESTANTE** señala como su domicilio el ubicado en:

Calle 14 #110, Ampliación Progreso Nacional, Gustavo A. Madero,  
07650 Ciudad de México.

- II.** Los **PADRES CONTRATANTES** declaran ser de nacionalidad francesa, mayores de edad, solventes, con plena capacidad jurídica para la celebración del presente contrato y estar casados, cuya apostilla del acta de matrimonio se agrega al presente contrato como **Anexo 1** y, conocer el contenido del presente contrato, así como sus alcances y efectos.

Los **FUTUROS PADRES CONTRATANTES** se identifican con pasaportes **BOANN4875611474** y **LAART8752146247**, respectivamente y señalan su domicilio el ubicado en:

9, Rue de Longchamp, 75116 París, Francia.

- III.** Que, una vez cumplidas todas las obligaciones del **CONTRATO DE PROMESA**, celebran el presente contrato.
- IV.** Que el **HOSPITAL ÁNGELES ACOXPA** ubicado en Calzada Acoxpa 430, Coapa, Ex-Hacienda Coapa, Tlalpan, 14308 Ciudad de México, que en lo posterior se denominará como "**HOSPITAL**", determinó el perfil clínico, psicológico y social de **LA MADRE GESTANTE**

comprobándose que su entorno social es estable, libre de violencia y su condición física y psicológica es favorable para el adecuado desarrollo de la gestación, se añade al presente contrato el certificado médico expedido por la entidad antes mencionada como **Anexo 2**.

- V. LOS PADRES CONTRATANTES** declaran estar en pleno uso de sus facultades mentales, tener una capacidad económica alta, tener un entorno social estable y libre de violencia, para proporcionar a un menor de edad una calidad de vida óptima.
- VI. LA MADRE GESTANTE** manifiesta bajo protesta de decir verdad que no padece de ninguna enfermedad como alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna otra toxicomanía.
- VII.** Que previo a la celebración de este contrato, **LOS PADRES CONTRATANTES** adquirieron un seguro de gastos médicos mayores, un seguro de vida y de invalidez o incapacidad total y permanente en favor de la **FUTURA MADRE GESTANTE**, por todo el tiempo que dure el proceso de gestación, con pólizas número 334562, 854796,774521, respectivamente, con la compañía MetLife México, S.A. quien está autorizada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y por la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas para operar como institución de seguros.
- VIII.** Que previo a la celebración de este contrato, **LAS PARTES** se allegaron de toda la información necesaria acerca del proceso de reproducción humana asistida y del proceso de gestación al cual se sujetan los términos de este contrato.



- IX. LA MADRE GESTANTE** declara que nunca ha estado embarazada y por lo tanto que no ha participado en algún otro procedimiento de fertilización *in vitro*, situación que se acredita con el dictamen médico expedido por el Hospital de la Mujer de la Ciudad de México, institución oficial de salud, mismo que se agrega como **Anexo 3**.

Estando de acuerdo **LAS PARTES** con lo manifestado, convienen libre y voluntariamente obligarse de conformidad con lo establecido en las siguientes:

### **CLÁUSULAS**

**PRIMERA (DEFINICIONES).** Las "PARTES" convienen que, para los efectos del presente contrato, entenderá por:

1. **FETO:** La evolución del embrión durante el tiempo que dura el proceso de gestación hasta antes de que se produzca el nacimiento.
2. **FECUNDACIÓN IN VITRO:** es la unión del óvulo de una mujer y el espermatozoide de un hombre en un plato de laboratorio.
3. **ÓVULO:** Célula reproductora femenina que se forma en el ovario de las hembras de los mamíferos y que una vez fecundada por el espermatozoide da origen al embrión.
4. **ESPERMATOZOIDE:** Célula reproductora masculina, destinada a la fecundación del óvulo.
5. **NACIDO:** Neonato que ha salido del vientre materno y ha comenzado a existir en un momento o lugar determinado.

6. **ULTRASONIDO:** Medio que utiliza ondas sonoras para producir imágenes de un feto que está dentro de una mujer embarazada, como así también del útero y los ovarios de la madre.

**SEGUNDA (OBJETO).** La **MADRE GESTANTE** manifiesta su libre voluntad de ayudar a los **PADRES CONTRATANTES**, para que sean los padres del **FETO**, sometiéndose para ello a un tratamiento médico de fertilización asistida (vía *in vitro*) a fin de que le sea implantado un óvulo fecundado en su útero, conformado por el espermatozoide del **PADRE CONTRATANTE** y un óvulo de la **MADRE CONTRATANTE** y consecuentemente a llevar a cabo el proceso gestacional, con la obligación de procurar el bienestar y el sano desarrollo del **FETO**, el que será entregado a los **PADRES CONTRATANTES** una vez efectuado su nacimiento.

**TERCERA (FECUNDACIÓN IN VITRO).** Por medio del presente contrato, la **MADRE GESTANTE** se obliga, una vez que la implantación del óvulo fecundado sea realizado con éxito, a llevar adelante la gestación del **FETO** (en un plazo aproximado de 40 semanas de gestación), el que, una vez desprendido enteramente del seno materno y renunciando desde este momento a cualquier derecho que pudiese corresponderle respecto del **NACIDO**, será entregará a los **PADRES CONTRATANTES**, quienes, por su parte, se obligan a cubrir los gastos médicos necesarios con motivo del período gestacional.

El hospital donde se llevará a cabo el procedimiento de fecundación *in vitro* será el "**HOSPITAL ÁNGELES ACOXPA**" ubicado en Calzada Acoxpa 430, Coapa,

Ex-Hacienda Coapa, Tlalpan, 14308 Ciudad de México, que en lo posterior se denominará como “**HOSPITAL**”, mismo que se encuentra acreditado y autorizado por la Secretaría de Salud del Gobierno de la Ciudad de México. Asimismo, será el lugar donde se realizarán todos los procedimientos necesarios para llevar el embarazo a término.

**CUARTA. (REMUNERACIÓN) LOS PADRES CONTRATANTES** se obligan a remunerar a la **MADRE GESTANTE** por la suma total de \$500,000.00 (**Quinientos mil pesos 00/100 M.N.**)

**QUINTA (ESPECIALISTAS).** Los médicos tratantes encargados del embarazo y atención psicológica de Natalia Santana Díaz, mismos que se encuentran acreditados y autorizados por la Secretaría de Salud del Gobierno de la Ciudad de México, en lo posterior “**LOS MÉDICOS**”, son:

Dra. Lucía Fernández Hinojosa- Ginecólogo, en lo posterior “**GINECÓLOGO**”, con número de cédula profesional 678543.

Dra. Alicia González Vivanco- Nutrióloga, en lo posterior “**NUTRIOLOGA**”, con número de cédula 8895647.

Psicólogo Jaime Huerta Torres- Psicólogo, en lo posterior “**PSICÓLOGO**”, con número de cédula 7412568.

**SEXTA (VIGENCIA).** – El presente contrato concluirá una vez que la **MADRE GESTANTE**, termine con las terapias psicológicas, en los términos que se precisan más adelante.

**SÉPTIMA (OBLIGACIONES DE LOS PADRES CONTRATANTES).** Los **PADRES CONTRATANTES** se obligan a:

1. Los **PADRES CONTRATANTES** se obligan a pagar todos los gastos generados por concepto de la fecundación *in vitro* a que se someterá la **MADRE GESTANTE** con los gametos provistos por los **PADRES CONTRATANTES**. Dicha técnica de reproducción asistida se realizará en el **HOSPITAL**.
2. Los **PADRES CONTRATANTES** se obligan a cubrir todos los gastos médicos, hospitalarios, farmacéuticos, de laboratorios, psicológicos y cualesquiera otros encaminados a procurar el correcto desarrollo del **FETO**, obligándose para ello a contratar los servicios del **HOSPITAL**, al que deberá acudir la **MADRE GESTANTE** mensualmente en las fechas que le indique el **GINECÓLOGO**.
3. Los **PADRES CONTRATANTES** se obligan a acudir a terapia psicológica con el **PSICÓLOGO** durante todo el proceso gestacional y tres meses posteriores a la entrega del **NACIDO**, en las fechas que este les indique.
4. Por cada ultrasonido, el **GINECÓLOGO** realizará un informe en los términos que se hayan pactado con el **HOSPITAL**, no obstante, si los padres no reciben dicho informe dentro del plazo de 5 días naturales siguientes a la fecha en que efectuó el monitoreo mensual, podrán solicitarle a la **MADRE GESTANTE** que les brinde la información que le fue proporcionada por el **MÉDICO RESPONSABLE** al momento de

realizarse los ultrasonidos, la que deberá proporcionar en cualquiera de los siguientes medios:

-Teléfono celular de Anne Boissenau: (+33) 444 2367 74

-Teléfono celular de Antoine Laurent: (+33) 444 9875 12

-Correo electrónico de Anne Boissenau: anneboissenau22@gmail.com

-Correo electrónico de Antoine Laurent: antoinelaurent33@gmail.com

5. Los **PADRES CONTRATANTES** se obligan a reembolsar a la **MADRE GESTANTE** todos los gastos extraordinarios que no hubieren sido contemplados o que se hayan efectuado por cuestión urgente, y que estuvieren encaminados a realizar actos que garanticen el pleno desarrollo del **FETO**.
6. Los **PADRES CONTRATANTES** se obligan a cubrir los gastos de alimentación de la **MADRE GESTANTE** durante todo el proceso de gestación, debiendo para ello, la **MADRE GESTANTE** asistir con la **NUTRIÓLOGA** quien será la encargada de vigilar la alimentación de la **MADRE GESTANTE** durante ese período.
7. Los **PADRES CONTRATANTES** están obligados a recibir, cuidar y registrar con sus apellidos al **NACIDO** pese a que nazca con anomalías genéticas o fisiológicas.

Si las anomalías genéticas o fisiológicas fueron detectadas durante el proceso de gestación y éstas fueron producto de alguna omisión de la **MADRE GESTANTE**, ya sea por ocultar dolosamente parte de su

información clínica previo a la práctica de la fertilización *in vitro* o por conductas realizadas por ésta durante el embarazo, perderá su derecho a la remuneración a que se refiere la cláusula **CUARTA** de este contrato.

Finalmente, si las anomalías genéticas o fisiológicas no fueron detectadas durante el proceso de gestación, ninguna de las obligaciones y derechos de las partes será modificada.

En caso de que, durante el proceso de gestación, los **PADRES CONTRATANTES** decidan divorciarse, los derechos y obligaciones de este contrato quedarán intangibles; sin embargo, los **PADRES CONTRATANTES** por sí mismos o conjuntamente deberán informar tal situación por escrito a la **MADRE GESTANTE**, dentro de los 5 días naturales siguientes a la fecha en que se haya iniciado el trámite de la disolución del vínculo matrimonial, de no avisarse tal situación en el plazo señalado, la compensación económica, prevista a favor de la **MADRE GESTANTE**, aumentará en \$10,000.00 (DIEZ MIL PESOS 00/100 Moneda Nacional).

8. Los **PADRES CONTRATANTES**, en caso de ser necesario, deberán efectuar el pago del deducible que fue contratado en el **CONTRATO DE PROMESA DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN**.

**OCTAVA (OBLIGACIONES DE LA MADRE GESTANTE).** La **MADRE GESTANTE** se obliga a:

1. Someterse al proceso de inseminación *in vitro* en el **HOSPITAL**, así como a llevar el embarazo a término.
2. A cuidar de su persona por todo el tiempo que dure la gestación, así como acudir ante el **GINECÓLOGO** en las fechas que este le indique para revisiones periódicas.
3. Acudir al **GINECÓLOGO** para el caso de situaciones extraordinarias que pudiesen afectar su salud o el correcto desarrollo del **FETO**, debiendo avisar de manera inmediata a los **PADRES CONTRATANTES** de esa circunstancia para que estén en posibilidad de cubrir los gastos que se generen, ya que, en caso de no hacerlo así, deberá realizar las erogaciones de su propio peculio, cuyo reembolso podrá exigir posteriormente a los **PADRES CONTRATANTES**.
4. Acudir a terapia psicológica con el **PSICÓLOGO** durante todo el proceso gestacional y tres meses posteriores a la entrega del **NACIDO**, en las fechas que este le indique.
5. Responder en aquellos casos en que, por causas imputables a su falta de cuidado, se produzca una afectación a la salud del **FETO**, lo que se traducirá en una pérdida del 20% de la cantidad pactada como su remuneración económica.
6. Responder en aquellos casos en que, por causas imputables a su falta de cuidado, produzca un aborto natural del **FETO**, razón que dará lugar a la rescisión del contrato y a que **LA MADRE GESTANTE** devuelva a **LOS PADRES CONTRATANTES** las erogaciones hechas por los mismos, por concepto de consultas médicas, consultas de nutrición, medicamentos,

honorarios médicos, procedimientos quirúrgicos, procedimientos terapéuticos, siendo los anteriores enunciativos más no limitativos.

7. La **MADRE GESTANTE** tiene prohibido realizar actividades que pongan en peligro la integridad del **FETO**, que derivarán de las indicaciones que se le proporcionen por el **GINECÓLOGO** de su monitoreo, así como del **NUTRIÓLOGO** que vigilará su alimentación, además de las que a continuación se enumeran de manera enunciativa mas no limitativa:

- a) Ingerir bebidas alcohólicas, enervantes y bebidas energéticas durante la vigencia del presente contrato.
- b) Auto medicarse, todo consumo de medicamentos deberá ser provenir de prescripción médica mediante la receta médica que el **GINECÓLOGO** o cualesquiera otros médicos ante los que acuda en casos urgentes y extraordinarios.
- c) Fumar cualquier tipo de tabaco o sustancia.
- d) Realizar actividades que requieran de un esfuerzo físico considerable y que pongan en peligro el pleno desarrollo del **FETO**.
- e) Participar en actividades o permanecer en ambientes que le generen un estrés considerable y que pongan en riesgo el pleno desarrollo del **FETO**.

8. La **MADRE GESTANTE** recibirá de los **PADRES CONTRATANTES** el capital necesario para cubrir todos los gastos que se llevarán a cabo por concepto de:

- Alimentación: Considerando que esta sea realizada por lo menos tres veces al día, y que será supervisada por la **NUTRIÓLOGA**, quien será la responsable de llevar a cabo una revisión mensual de la **MADRE**



**GESTANTE** y que enviará una copia electrónica del diagnóstico a los **PADRES CONTRATANTES**, al correo electrónico que estos hayan determinado para tal efecto.

- Vestido: Incluye toda la ropa y enseres necesarios, acorde a las etapas del proceso de gestación.
- Habitación: en caso de ser necesario, el importe por concepto de renta, además los costos de agua, luz, gas, durante todo el periodo de gestación.
- Visitas Médicas: La **MADRE GESTANTE** se compromete a acudir al **HOSPITAL** en las fechas que le indique el **GINECOLÓGO**, a fin de que se revise su avance gestacional.

9. La **MADRE GESTANTE** deberá informar a los **PADRES CONTRATANTES**, por cualquier alguno de los medios establecidos en la cláusula sexta de este contrato, de las complicaciones que surjan durante el embarazo con el carácter de extraordinario y en virtud de las cuales se haya visto en la necesidad de acudir ante médico diverso.

La **MADRE GESTANTE** podrá realizar un procedimiento quirúrgico para abortar al **FETO** si y sólo si el embarazo pone en peligro su vida, derecho que podrá ejercitar dentro del plazo consistente en las primeras doce semanas de gestación.

La **MADRE GESTANTE** deberá informar por escrito a los **PADRES CONTRATANTES** tal decisión; con al menos 30 días naturales de anticipación a la fecha en que se realice el procedimiento de aborto, pues

de no hacerlo la **MADRE GESTANTE** no quedará liberada de la responsabilidad civil que pueda imputársele por dicho acto.

Los gastos del procedimiento mencionado correrán a cargo de los **PADRES CONTRATANTES** siempre y cuando se les haya dado el aviso por escrito dentro del plazo señalado, y que se practicará en el **HOSPITAL** antes señalado.

En caso de que el **GINECÓLOGO** detectase anomalías genéticas o fisiológicas en el **FETO** después de las primeras doce semanas de gestación, los **PADRES CONTRATANTES** estarán obligados a continuar con el contrato hasta el nacimiento del **FETO**, liberando a la **MADRE GESTANTE** de toda responsabilidad que no fuese imputable a ella.

10. La **MADRE GESTANTE** se obliga a realizar la entrega del **NACIDO** a los **PADRES CONTRATANTES**, tras haberse realizado el parto. El lugar de la entrega será el **HOSPITAL**.

La **MADRE GESTANTE** por ningún motivo podrá registrar al **NACIDO** con sus apellidos, pues este derecho corresponde a los **PADRES CONTRATANTES**. De hacerlo y si aún no ha recibido la remuneración económica pactada, perderá el derecho a recibirla dejándose a salvo cualesquiera otros derechos que pudieran corresponderles a los **PADRES CONTRATANTES** para que los ejerzan antes los órganos competentes. Si ya había recibido la remuneración económica pactada, los **PADRES CONTRATANTES** podrán exigir la devolución de dicha cantidad más los intereses legales conducentes.

La **MADRE GESTANTE** bajo ningún motivo ni concepto podrá retener al **NACIDO**, aun y cuando no se le haya pagado la compensación económica al momento de verificarse el nacimiento.

La **MADRE GESTANTE** podrá demandar a los **PADRES CONTRATANTES** el pago de gastos médicos, en caso de patologías genéticas y las que deriven de una inadecuada atención y control médico prenatal y posnatal.

**NOVENA (PAGO).** Los **PADRES CONTRATANTES** deberán realizar el pago por concepto de remuneración económica a la **MADRE GESTANTE**, dentro de los **TRES** días naturales posteriores al nacimiento, o, para el caso de la muerte del **FETO** por circunstancias no imputables a la misma, dentro de los diez días naturales siguientes, mediante depósito o transferencia electrónica a la cuenta en Banco Santander (México) S.A., Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero Santander, con número 755844223210 y CLABE: 778541123654110024.

**DÉCIMA. (CLÁUSULA PENAL E INTERESES MORATORIOS)** Para el caso de que la **MADRE GESTANTE** incumpla con la entrega del **NACIDO** a los **PADRES CONTRATANTES** en el tiempo pactado, se traducirá en una pérdida del 50% de la cantidad pactada como su remuneración económica, sin perjuicio de que entregue al menor inmediatamente después de su incumplimiento.

En caso de que los **PADRES CONTRATANTES** no entregaren a la **MADRE GESTANTE**, dentro del plazo establecido, la cantidad señalada por concepto de

remuneración económica o la paguen parcialmente, deberán pagar adicionalmente a esa cantidad, la suma de \$10,000.00 (diez mil pesos 00/100 Moneda Nacional), por cada día natural de retraso.

**DÉCIMA PRIMERA (CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR).** No podrá hacerse efectiva la pena cuando el obligado a ella no haya podido cumplir el contrato por el hecho de los **PADRES CONTRATANTES** o la **MADRE GESTANTE**, caso fortuito o fuerza insuperable.

**DÉCIMA SEGUNDA (DIF)** El Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de las Familias podrá intervenir cuando la vida, el bienestar y la salud de la niña o niño nacido a través de la gestación por sustitución se encuentre en riesgo.

**DÉCIMA TERCERA (LEYES APLICABLES).** Las partes acuerdan que este contrato se rige por la Convención Internacional de la Haya sobre Gestación por Sustitución y de manera supletoria por el Código Civil para el Distrito Federal, hoy Ciudad de México, respecto de las obligaciones aquí pactadas<sup>253</sup>.

**DÉCIMA CUARTA (COMPETENCIA).** Las partes acuerdan someterse para todo lo relacionado con la interpretación y/o cumplimiento del presente contrato a la jurisdicción de los Tribunales de la Ciudad de México, renunciando a cualquier otro fuero que pudiera corresponderles en razón de sus domicilios presentes o futuros.

---

<sup>253</sup> En el entendido de que dicha Convención ya fue firmada y ratificada por diversos Estados y se encuentra en vigor.

**DÉCIMA QUINTA (AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO).**

Conformes con el presente contrato y una vez que fue explicado su alcance a las partes, éstas lo firman por triplicado y en presencia de dos testigos, sin que medie error, dolo, violencia, lesión o cualquiera otro vicio que pudiera anular su voluntad expresada libre y ordenadamente, entregándose un ejemplar a la **MADRE SUSTITUTA**, otro a los **PADRES CONTRATANTES**.

**DÉCIMA SEXTA (CLÁUSULA DE EMERGENCIA).** El presente contrato no surtirá efectos cuando el orden público e interés social haya cambiado.

**MADRE SUSTITUTA**

**PADRES CONTRATANTES**

---

Natalia Santana Díaz

---

Anne Boissenau

---

Antoine Laurent

En la Ciudad de México, México, a las quince horas del día veintitrés de julio de dos mil veintidós.