

LA GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN EN AMÉRICA LATINA

2ª ed. (1ª en Tirant)

Nicolás Espejo Yaksic
Claire Fenton-Glynn
Fabiola Lathrop Gómez
Jens M. Scherpe
Editores



CFL | CAMBRIDGE
FAMILY LAW

tirant lo blanch
Ciudad de México, 2023

Copyright © 2023

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch México publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com/mex/

Este libro será publicado y distribuido internacionalmente en todos los países donde la Editorial Tirant lo Blanch esté presente.

Primera edición: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022.

Segunda edición: Suprema Corte de Justicia de la Nación y Tirant lo Blanch, 2023.

© VV.AA.

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

© EDITA: TIRANT LO BLANCH
DISTRIBUYE: TIRANT LO BLANCH MÉXICO
Av. Tamaulipas 150, Oficina 502
Hipódromo, Cuauhtémoc, 06100, Ciudad de México
Telf: +52 1 55 65502317
infomex@tirant.com
www.tirant.com/mex/
www.tirant.es
ISBN: 978-84-1197-497-4

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: http://www.tirant.net/Docs/RSC_Tirant.pdf

CAPÍTULO 8

La gestación por subrogación en México

Fernando Sosa Pastrana*

* Profesor de Derecho Civil en el Centro de Investigación y Docencia Económicas. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro de la Red internacional de Derecho Constitucional Familiar. Agradezco a Elena López Cueva y Francisco Espinosa González por su colaboración en este texto.

SUMARIO: A. Marco jurídico general; I. El marco normativo para la gestación por subrogación (o sustitución); II. Desarrollo histórico; III. Prevalencia de la gestación por subrogación (o sustitución); B. Acuerdos en general; I. Elementos formales y requisitos; II. Remuneración; C. Paternidad o maternidad legal al momento del nacimiento; D. Elegibilidad; I. Para la persona gestante; II. Criterios para padres intencionales; III. Donación y uso de gametos; E. Transferencia de la filiación; I. Procedimiento jurídico; II. Autoridades competentes; III. Derechos de los niños; F. Agencias y criminalización; I. Agencias e intermediarios; II. Nulidad y sanciones; G. Litigios destacables; I. Amparo en revisión 553/2018; II. Acción de inconstitucionalidad 16/2016; III. Amparo en revisión 129/2019; H. Iniciativas de reforma; I. Ciudad de México; II. Iniciativas federales; I. Conclusiones.

A. Marco jurídico general

I. El marco normativo para la gestación por subrogación (o sustitución)

El artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contempla, entre otros aspectos, que "toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y esparcimiento de sus hijos". Si bien no enuncia expresamente el derecho para acceder a técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), gracias a diversos precedentes jurisprudenciales es posible considerar que éstas son un mecanismo para ejercer el derecho enunciado. Dicho precepto constitucional también reconoce el derecho de todas las personas a la identidad y a ser registradas de manera inmediata después de su nacimiento, así como la obligación de garantizar el principio superior de la niñez y el ejercicio pleno de los derechos de niñas y niños.

Dicho lo anterior, es importante destacar que México, al ser una República Federal, cuenta con un sistema de distribución de competencias normativas en virtud del cual ciertas materias corresponden a la Federación, a los estados o, en ciertos casos, a ambos de forma concurrente.

Por lo que respecta a la competencia para legislar en materia civil y familiar en su parte sustantiva, ésta es concurrente entre la Federación y las entidades federativas; sin embargo, la primera cuenta con la facultad exclusiva para legislar los aspectos médicos de la disposición de células germinales, entendidas como materia de "salubridad general". Debido a esta distribución competencial, la gestación por sustitución tendría una regulación fragmentada en el ámbito local y federal.¹

Dos estados —que, de acuerdo con la fórmula de distribución de competencias, son a quienes corresponde legislar en la materia— reconocen expresamente la gestación por sustitución como generadora de relaciones de filiación, a saber:

- 1) El Código Familiar de Sinaloa, en su capítulo V ("De la reproducción humana asistida y la gestación subrogada") establece las bases para la celebración de acuerdos de subrogación y delimita sus efectos con respecto a la filiación.
- 2) El Código Civil de Tabasco, cuyo título octavo, capítulo VI bis ("De la gestación asistida y subrogada") regula el procedimiento con mucha mayor amplitud, estableciendo diversas modalidades y señalando los efectos específicos de cada uno.

Por el contrario, existen dos ordenamientos estatales que expresamente prohíben esta figura:

¹ Ya sea a través de una legislación federal especial o mediante una modificación a la Ley General de Salud.

- 1) El Código Familiar de San Luis Potosí, que en su artículo 243² declara inexistente la "maternidad sustituta", privándola de cualquier posible efecto, atribuyendo exclusivamente la maternidad a quien gestó al producto.
- 2) El Código Civil de Querétaro, que aunque reconoce el parentesco por consanguinidad de los hijos nacidos mediante técnicas de fecundación asistida (artículo 312), prohíbe expresamente la utilización de una tercera mujer para realizar el procedimiento (artículo 400),³ efectivamente, declarando ilegal la gestación por sustitución.

Por otra parte, existen otros códigos familiares (Michoacán, Sonora y Zacatecas) y civiles (Tamaulipas, Puebla, Jalisco, Colima, Estado de México y Ciudad de México) que reconocen los efectos de parentesco derivados de las técnicas de reproducción asistida, aunque no hacen referencia expresa a la gestación por sustitución o a alguna otra institución análoga, lo que presenta, en teoría, una posible alternativa para el reconocimiento de esta clase de acuerdos en dichas entidades.⁴

Finalmente, existe un alto grado de indefinición respecto de los 19 ordenamientos estatales restantes, en los cuales no existe mención alguna a la gestación por sustitución o a las técnicas de reproducción asistida. El respecto, resulta particularmente ilustrativo el criterio adoptado por la

² Código Familiar del Estado de San Luis Potosí, Periódico Oficial del Estado de San Luis Potosí, 18 de diciembre de 2008, última reforma, 20 de agosto de 2020.

"Artículo 243. Es inexistente la maternidad substituta y por lo mismo no producirá efecto legal alguno.

Si un embrión fuese implantado en una mujer distinta a la cónyuge o concubina, la maternidad se le atribuirá a la primera".

³ Código Civil del Estado de Querétaro, Periódico Oficial del Estado de Querétaro, 21 de octubre de 2009.

"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".

⁴ No se cuenta por el momento con información estadística respecto del trámite de procesos jurisdiccionales o de otra clase en estas entidades con relación a esta modalidad de filiación.

Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo en revisión 553/2018, que será analizado con detalle más adelante, en el que se reconoció la posibilidad de inscribir a un menor de edad nacido en el contexto de un contrato de gestación por sustitución a través de las reglas de reconocimiento de paternidad generales.⁵

Ahora bien, en los dos códigos en los que la institución es regulada con mayor precisión (Tabasco y Sinaloa), existe una concurrencia de autoridades encargadas de supervisar el procedimiento. En ambos casos se requiere de la formalización del contrato ante un notario público, así como el deber de informar durante distintas etapas al Registro Civil y la Secretaría de Salud del estado, debiendo, además, cumplir con los requisitos médicos establecidos por esta última. Finalmente, el Código Civil de Tabasco establece la intervención del juez de lo familiar en la última fase para la ratificación y convalidación del instrumento previamente celebrado ante notario público.

De inicio, el Código Civil de Tabasco establece que la única excepción al reconocimiento de un hijo derivado de un matrimonio es cuando se haya realizado un procedimiento de "maternidad substituta".⁶ En los artículos 380 bis a 380 bis 7 el legislador creó un marco normativo que define a la "gestación por contrato" y establece que ésta podrá realizarse en dos modalidades distintas: subrogada, que implica que la mujer gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos y que debe entregar al recién nacido a la mujer contratante mediante adopción plena, y substituta, aquella en la que la mujer es contratada exclusivamente para

⁵ Esto se debió a que el estado de Yucatán se encuentra entre los que no contemplan las TRHA en su legislación, por lo que la única alternativa viable era el proceso de reconocimiento, cuyas peculiaridades son relativamente uniformes en los demás ordenamientos del país.

⁶ Código Civil para el Estado de Tabasco, Periódico Oficial del Estado de Tabasco, 9 de abril de 1997, última reforma, 16 de octubre de 2019.

"Artículo 360.- Situación de maternidad substituta

Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido como resultado de un contrato de maternidad substituta, 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".

llevar a cabo la gestación y los gametos son aportados por la parte contratante.

Por su parte, a diferencia del Código Civil tabasqueño, el legislador de Sinaloa previó cuatro modalidades para la celebración del contrato de gestación por sustitución. La primera, la subrogación total, es el simil de la gestación por contrato subrogada del código tabasqueño, en el que la persona gestante aporta sus propios gametos. La segunda, la subrogación parcial, es aquella en la que la mujer únicamente lleva a cabo la gestación y no aporta su material genético; es onerosa cuando la mujer acepta embarazarse de manera similar a un contrato de prestación de servicio por el cual se le paga una cantidad cierta y determinada, además de los gastos de gestación, y altruista, cuando la persona gestante decide llevar a cabo la gestación de manera gratuita. Esta regulación incluye expresamente la posibilidad de pactar una contraprestación dentro del contrato, a pesar de que no haya incluido lineamientos para determinar la cuantía o proporcionalidad del pago.

Otra diferencia sustancial entre ambos estados es que en el Código Familiar de Sinaloa, una vez suscrito el instrumento ante notario, se debe notificar a la Secretaría de Salud local y al oficial del Registro Civil para que la filiación sea establecida "desde el momento de la fecundación" en favor de los padres intencionales o subrogados.⁷ Una vez que nace el menor, además del certificado de nacimiento expedido por el médico que haya asistido a la mujer gestante, se llenará un formato expedido por la Secretaría de Salud de Sinaloa para dejar constancia de que el menor nació a partir de una técnica de reproducción humana asistida llamada maternidad subrogada. Respecto a todas las alusiones que se hagan sobre la madre del menor, el Código especifica que se entienden referidas a "la

⁷ "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".

madre subrogada gestante del nacido".⁸ Este punto se presta a confusión, porque dentro de la propia terminología del Código el legislador distingue entre "mujer gestante" y "madre subrogada". Utilizar este término al final del artículo para determinar quién será la madre del menor para efectos de las disposiciones jurídicas aplicables únicamente genera confusión y es posible que los oficiales del Registro Civil se nieguen a registrarlo.

II. Desarrollo histórico

Tabasco fue la primera entidad en introducir expresamente la figura de gestación por sustitución, concebida en su momento como una alternativa para las parejas que no pudieran procrear por la vía tradicional, aunque en realidad la falta de regulación específica en la materia dejaba el contrato suficientemente abierto para que cualquier persona lo celebrara.

Esta situación cambió radicalmente en la década de 2010, pues India y Tailandia, que se habían consolidado como los destinos por excelencia para el turismo reproductivo, modificaron sus legislaciones (en 2012 y 2014, respectivamente) con la finalidad de restringir el acceso a estas técnicas para extranjeros y parejas del mismo sexo, lo cual implicó una concentración de personas que comenzaron a viajar a Tabasco para la realización de esta clase de procedimientos.⁹

En virtud de lo anterior, y ante la necesidad de desincentivar el turismo reproductivo, así como las implicaciones que esto conlleva respecto del

⁸ "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".

⁹ Grupo de Información en Reproducción Elegida, A. C., *Gestación Subrogada en México*, México, GIRE, 2017, p. 20.

tráfico de personas y otras prácticas indeseables, la legislatura tabasqueña modificó su legislación en enero de 2016, estableciendo importantes restricciones que serán analizadas más adelante.

El caso de Sinaloa es considerablemente menos problemático, quizá porque desde un inicio su legislación impuso restricciones más severas, probablemente inspiradas en la experiencia vivida en Tabasco.

De los debates del congreso estatal¹⁰ es posible apreciar que los legisladores de Sinaloa concordaron en que la promulgación de un Código Familiar era necesaria debido a que la institución de la familia que establecía el Código Civil local no concordaba con la realidad de la familia moderna. La expedición de dicho código pretendía actualizar la legislación obsoleta con el objetivo de dar certidumbre legal a las situaciones que de hecho suceden en realidad. En este contexto, se incluye el capítulo V, "Reproducción humana asistida y la gestación subrogada". En este ordenamiento se define la maternidad subrogada como aquella que

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.¹¹

III. Prevalencia de la gestación por subrogación (o sustitución)

Aunque no existe una estadística unificada con respecto a esta clase de procedimientos en el ámbito nacional, la Secretaría de Salud del Estado de Tabasco informó en 2017 que había registrado cuatro casos entre

¹⁰ Sesión Pública Ordinaria de la LX Legislatura, 17 de enero de 2013.

¹¹ Código para la Familia del Estado de Sinaloa, Periódico Oficial del Estado de Sinaloa 6 de febrero de 2013, artículo 283, última reforma, 27 de diciembre de 2019.

enero de 2016 y marzo de 2017.¹² Sin embargo, esta estadística parece discrepar con la afirmación, también del gobierno estatal, de la existencia de más de 100 embarazos en curso en 2017,¹³ en los que los padres intencionales son ciudadanos extranjeros y enfrentan, por lo tanto, severas dificultades para concluir satisfactoriamente sus procedimientos con base en la legislación actual.

B. Acuerdos en general

I. Elementos formales y requisitos

Por lo que respecta a la legislación de Tabasco, el instrumento de gestación por sustitución debe ser formalizado ante notario, después de lo cual es necesario solicitar al juez competente que reconozca el vínculo entre los contratantes y el feto, así como que la persona gestante y su concubino o cónyuge renuncien a todos los derechos de parentesco respecto al recién nacido, debiendo notificarse a la Secretaría de Salud local.

Los progenitores intencionales tienen la obligación de constituir una póliza de seguro de gastos médicos mayores que cubra los gastos originados en la atención del embarazo, parto y puerperio de la persona gestante, quien además podrá reclamar el pago de todos los gastos médicos generados por alguna patología derivada de la inadecuada atención o control médico prenatal y posnatal. El Código de Tabasco también prevé que en caso de que el notario o el médico interviniente actúen en contravención a la regulación impuesta por el propio Código, serán removidos de su encargo y acreedores a las responsabilidades civiles o penales pertinentes.¹⁴

¹² Grupo de Información en Reproducción Elegida, *op. cit.*, p. 25.

¹³ *Ibidem*, p. 27.

¹⁴ "ARTÍCULO 380 Bis 7.- Responsabilidades

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.

Sin embargo, es importante señalar la disposición contenida en el artículo 380 bis 6, que establece que "[e]l asentamiento del recién nacido deberá realizarse mediante la figura de la adopción plena aprobada por Juez competente, en los términos del presente Código", lo que parecería indicar que el efecto del contrato no alcanza propiamente a generar el vínculo filial, sino que éste debe ser establecido posteriormente a través de un proceso de adopción, el cual analizaremos con mayor detalle más adelante.

Por lo que respecta al caso de Sinaloa, esta modalidad de reproducción, al igual que en Tabasco, únicamente se prevé como una alternativa para superar la infertilidad entre parejas de concubinos o cónyuges. En general, todas las disposiciones del Código Familiar de Sinaloa son iguales a las tabasqueñas, en especial en lo que se refiere a las características de la persona gestante, las formalidades del contrato, los requisitos de los contratantes, la participación de las autoridades de salud locales y las responsabilidades civiles o penales por incumplimiento del contrato.

Como señalamos con anterioridad, el silencio normativo existente en la mayoría de los estados genera un cierto margen de incertidumbre, el cual puede admitir interpretaciones diversas entre las legislaciones que aceptan la filiación a través de TRHA¹⁵ y aquellas que guardan silencio absoluto al respecto.

Asimismo, podrá la gestante 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.

Será obligación de los padres contratantes garantizar con una póliza de seguro de gastos médicos mayores, expedido (sic) 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.

Se harán acreedores a las responsabilidades civiles 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".

¹⁵ Véase al inicio de este texto "I. El marco normativo para la gestación por sustitución".

Sin embargo, existe una disposición importante que, con ligeras variaciones, parece estar presente en la mayoría de los ordenamientos, consistente en la prohibición de someter la filiación a la voluntad de las partes, como es el caso, por ejemplo, del Código Civil para el Distrito Federal (Ciudad de México).¹⁶

Por otro lado, como adelantamos, esta circunstancia no ha sido obstáculo para que, a través de la vía jurisdiccional, se permita el establecimiento de un lazo de paternidad entre los padres intencionales y el menor nacido producto de estas técnicas.¹⁷ Sin embargo, cabe señalar que, a diferencia de la legislación de Ciudad de México, el Código yucateco prevé expresamente una excepción a ese principio al tratarse de la figura del reconocimiento,¹⁸ que fue la institución a través de la cual la Suprema Corte convalidó el instrumento en el caso concreto.

II. Remuneración

La primera diferencia importante que encontramos entre la legislación tabasqueña y la sinaloense es con respecto a la posibilidad de que la persona gestante reciba una remuneración por sus servicios. Mientras que el Código Familiar de Sinaloa regula de manera expresa esta posibilidad bajo la figura de "subrogación onerosa" (artículo 284, fracción III), facultando a las partes para pactar una contraprestación "tal y como si se tratara de un servicio", aunque sin establecer un parámetro de cuantifi-

¹⁶ "ARTÍCULO 338.- La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros.

¹⁷ Amparo en revisión 553/2018, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 21 de noviembre de 2018.

¹⁸ "Artículo 223. No puede haber sobre la filiación, ni transacción ni compromiso en árbitros. Esta prohibición no impide a los progenitores la facultad de reconocer a sus hijos o hijas, ni a los hijos mayores de edad, la de consentir el reconocimiento.

Puede haber transacción sobre los derechos pecuniarios que de la filiación legalmente declarada pudieren deducirse".

cación o alguna limitación a la libertad contractual de las partes, el Código Civil de Tabasco guarda silencio absoluto al respecto. Este silencio ha sido interpretado, generalmente, como una autorización implícita para incluir tal contraprestación ("aquello que no está prohibido expresamente se encuentra autorizado tácitamente").

Este último caso ha sido estudiado por la Suprema Corte a través de la acción de inconstitucionalidad promovida por la Procuraduría General de la República,¹⁹ misma que revisaremos con detalle más adelante, pero respecto de la cual vale la pena adelantar que la postura de la Corte, al menos por el momento, parece decantarse hacia la posibilidad de autorizar a las legislaturas estatales, dentro de su margen de libertad normativa, a regular este aspecto de manera discrecional.

Más allá de lo resuelto por la Corte, existe respecto de este último punto un debate vigente en el país, al igual que en el resto del mundo, respecto de los efectos que tiene la posibilidad de pactar una remuneración, siendo el principal argumento de las posturas en contra la posibilidad de establecer, a través de esta figura, una práctica sistemática de explotación de mujeres en condiciones de vulnerabilidad económica.

Aunque reconoce esta posibilidad, el Grupo de Información en Reproducción Elegida, A. C. ha optado por defender la posibilidad de pactar dicha remuneración, lo anterior con base en la autonomía reproductiva de las mujeres, además de la predicción razonable de que la prohibición llevaría esta práctica a la clandestinidad, lo que permitiría una mayor cantidad de abusos en contra de las mujeres gestantes, a quienes se pretende proteger.²⁰

¹⁹ A la fecha de redacción de este texto, la resolución definitiva no ha sido publicada, véase acción de inconstitucionalidad 16/2016, sesionada los días 1, 3 y 7 de junio de 2021 (versión taquigráfica).

²⁰ Grupo de Información en Reproducción Elegida, *op. cit.*, p. 12.

C. Paternidad o maternidad legal al momento del nacimiento

Con respecto a la filiación del menor, la situación normativa es notoriamente discrepante en el país, pues existen al menos cuatro escenarios distintos que pueden presentarse al momento del nacimiento.

En primer lugar, el Código de San Luis Potosí, al prohibir la gestación por sustitución dispone expresamente que la maternidad ha de atribuirse a la madre gestante. Al no hacer referencia a la filiación paterna, la legislación potosina parecería, en consecuencia, remitirse a las reglas generales de filiación, ya sea a través de la presunción de paternidad (para el cónyuge o concubino de la gestante) o del reconocimiento de paternidad en general.

En el mismo sentido, la legislación de Querétaro, al prohibir expresamente la práctica —produciendo por lo tanto la nulidad del instrumento— parecería decantarse por atribuir la maternidad a la madre gestante, aunque deja abierta la posibilidad de impugnar dicha filiación a través de un proceso jurisdiccional de reconocimiento.

Por otra parte, entre los estados que sí autorizan la práctica también hay discrepancias importantes, pues mientras que Sinaloa atribuye la filiación directamente a los padres intencionales, previa notificación del instrumento al Registro Civil y a la Secretaría de Salud del estado,²¹ Tabasco, a partir de la reforma de 2016, establece la figura de la adopción plena como única vía para la ejecución del contrato.²²

²¹ "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".

²² "ARTÍCULO 380 Bis 2.- Formas de Gestación por Contrato

La gestación por contrato, admite las siguientes modalidades:

I. Subrogada: implica que la gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos y que, después del parto, entregue el recién nacido a la madre contratante mediante adopción plena; y

Cabe mencionar, en este último punto, la presencia de un posible vacío normativo con respecto a la gestación sustituta (artículo 380 bis 2, fracción I), probablemente como un remanente de la legislación anterior a la reforma, que no establecía el requisito genérico de tramitar la adopción al finalizar el procedimiento (artículo 380 bis 6). Sin embargo, este último parece conducir a la conclusión de que, sin importar la modalidad elegida, el menor de edad, por lo menos al momento del nacimiento, es legalmente hijo de la persona gestante.

Aunque ninguna de las dos legislaciones ordena la realización de anotaciones en el acta de nacimiento, el Código de Sinaloa exige el asentamiento de esta circunstancia en el certificado expedido por el médico que asista al nacimiento,²³ al igual que la legislación de Tabasco.²⁴ En ambos casos se prescribe el deber del médico de llenar los formatos correspondientes proporcionados por la Secretaría de Salud del estado.

Con respecto a la preservación y eventual acceso a esta información, cabe mencionar que si bien las legislaciones correspondientes no contienen disposiciones al respecto, se trata en este caso de datos personales relativos al derecho a la identidad de la persona nacida a través de estos procedimientos, por lo que las autoridades sanitarias correspondientes

II. Sustituta: implica que la gestante sea contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión obtenido por la fecundación de gametos de la pareja o persona contratante".

"ARTÍCULO 380 Bis 6.- Asentamiento del recién nacido

El asentamiento del recién nacido deberá realizarse mediante la figura de la adopción plena aprobada por Juez competente, en los términos del presente Código".

²³ "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".

²⁴ "ARTÍCULO 380 Bis 6.- Asentamiento del recién nacido

El certificado de nacimiento será expedido por el médico autorizado o tratante que haya asistido a la mujer gestante en el nacimiento del o los recién nacidos; también llenará el formato expedido para tal efecto por la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado, el que contendrá, en este caso, la constancia que la gestación fue asistida a través de una técnica de apoyo a la reproducción humana o práctica médica, denominada gestación por contrato".

están obligadas a preservar dicha información de manera confidencial y, en su momento, permitir el acceso de su titular a ésta.

Toda vez que el resto de los ordenamientos locales carecen de cualquier disposición en la materia, debemos concluir que la realización de anotaciones, así como su preservación, carácter confidencial y eventual acceso al titular, se rigen por las normas generales aplicables en los casos de reconocimiento o adopción de menores, esto es, la reserva de dicha información y la expedición de una nueva acta de nacimiento en la que se omita cualquier mención de dichas circunstancias.

D. Elegibilidad

I. Para la persona gestante

En lo que respecta a las condiciones de la persona gestante, el Código Civil de Tabasco establece una serie de criterios de elegibilidad (artículo 380 bis 3):

- a) La aprobación de la Secretaría de Salud, con base en un perfil psicológico, clínico y social, mediante el cual se compruebe que su entorno social está libre de violencia y es favorable para el adecuado desarrollo de la gestación.
- b) No padecer alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o cualquier toxicomanía.
- c) Tener entre 25 y 30 años de edad.
- d) Gozar de buena salud biopsicosomática.
- e) Exhibir el dictamen de un médico certificado que confirme que no estuvo embarazada durante los 365 días previos a la implantación de la mórula, así como que tampoco debió haber participado en más de dos ocasiones consecutivas en el procedimiento.

- f) Emitir su consentimiento tras haber recibido información completa acerca del proceso.

Por su parte, la legislación de Sinaloa contempla los mismos requisitos señalados en los incisos a, b, d, e y f, aunque varía con respecto a la edad, autorizando como gestantes a las mujeres de entre 25 y 35 años, y añade como requisito el que la gestante tenga por lo menos un hijo consanguíneo sano.

Es importante aclarar, con respecto al requisito señalado en el inciso e, que el código tabasqueño dispone un tanto ambiguamente que esta situación "no impediría que pueda donar el óvulo para la fecundación in vitro o portar al producto fecundado en su vientre mediando conocimiento del cónyuge o concubino" (artículo 380 bis 3, párrafo cuarto). Aunque el lenguaje de esta disposición no deja claro si la donación o portación del producto a que hace mención sería dentro de un procedimiento de subrogación o si, por el contrario, se refiere a otra modalidad de reproducción asistida, la Suprema Corte ha optado por la primera interpretación, considerándola una excepción a la regla general que, por supeditar la voluntad de la mujer a la autorización de su cónyuge o concubino, constituye una restricción injustificada en su derecho al libre desarrollo de la personalidad, lo que la haría inconstitucional.²⁵

La legislación sinaloense, por su parte, no contiene una disposición análoga a esta última.

Aunque, sin duda, resultaría importante para efectos estadísticos contar con ciertos datos de las personas gestantes (por ejemplo, su nivel socioeconómico) que permitieran identificar tendencias y áreas de atención prioritaria, hasta el momento no parece que exista una base de datos que contemple estos rubros.

²⁵ Acción de inconstitucionalidad 16/2016, sesionada los días 1, 3 y 7 de junio de 2021 (versión taquigráfica de la sesión del 3 de junio de 2021), pp. 19-39.

II. Criterios para padres intencionales

La legislación de Tabasco, después de la reforma de 2016, ha adoptado criterios considerablemente restrictivos para quienes pretenden hacer uso de este mecanismo como padres intencionales (contratantes), exigiendo, en el artículo 380 bis 5 del Código Civil:

- a) Que los padres sean cónyuges o concubinos.
- b) Que ambos sean ciudadanos mexicanos.
- c) Que la madre contratante tenga entre 25 y 40 años de edad.
- d) Que la madre contratante tenga una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación ella misma.

El código sinaloense replica los requisitos anteriores, aunque omite por completo cualquier mención a la edad de la madre contratante, de manera que no existe al respecto limitación alguna.

Esta última serie de requisitos ha sido controvertida en sede judicial, al considerarse que constituyen restricciones indebidas o discriminatorias con motivo de ciertas características individuales de los padres intencionales.

Así, en el amparo en revisión 129/2019²⁶ se impugnó exitosamente la restricción con base en la nacionalidad de los padres intencionales, pues si bien el objeto del legislador era aparentemente razonable (limitar el potencial para el tráfico internacional de personas), se consideró que dicha medida era desproporcionada y que afectaba particularmente a los extranjeros que residen legalmente en el país.

²⁶ Sesionado en el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 7 y 8 de junio de 2021.

Por otra parte, en la acción de inconstitucionalidad 16/2016²⁷ se cuestionaron, también con éxito, las demás restricciones, considerando, por una parte, que la exigencia de un vínculo conyugal o concubinal, así como la referencia a uniones "entre un hombre y una mujer", constituían una discriminación injustificable con base en el estado civil o la orientación sexual, mientras que las exigencias de edad y de infertilidad para la madre contratante —que, hay que señalar, no existen para el padre contratante— constituían discriminación por cuestión de género y una injerencia indebida en la vida privada que condicionaba la actualización de un proyecto de vida. Adicionalmente, la Suprema debió tomar en consideración elementos relativos a la competencia legislativa en materia de salubridad general, los cuales serán abordados más adelante.

III. Donación y uso de gametos

Por lo que respecta a la donación y uso de gametos en los procedimientos de gestación por sustitución, tanto la legislación de Sinaloa (artículos 283, 284 y 286 del Código Familiar) como la de Tabasco (artículo 380 bis 6) establecen reglas específicas relativas a la donación o uso de células reproductivas. Sin embargo, la facultad de las legislaturas locales para dictar esta clase de normas ha sido cuestionada en sede jurisdiccional, pues, bajo el actual esquema de división de competencias, este tipo de situaciones corresponderían al ámbito normativo de la Federación, sin que hasta la fecha existan ordenamientos federales que rijan de manera integral esta cuestión.²⁸

E. Transferencia de la filiación

I. Procedimiento jurídico

Como señalamos, la legislación de Sinaloa es la única que contempla la generación del vínculo de filiación como consecuencia directa del

²⁷ Sesionada los días 1, 3 y 7 de junio de 2021.

²⁸ Acción de inconstitucionalidad 16/2016, sesionada los días 1, 3 y 7 de junio de 2021 (versión taquigráfica de la sesión del 1 de junio de 2021), pp. 6-32.

instrumento de subrogación, estableciendo que el menor nacido por esta técnica será contemplado, desde el momento de la fecundación, como hijo de los padres subrogados (artículo 293).

Por su parte, el Código Civil de Tabasco, inicialmente, parece realizar una distinción (artículo 380 bis 2) cuando la gestante aporta sus propios óvulos (gestación subrogada) y cuando los gametos pertenecen a la pareja contratante (gestación sustituta), estableciendo que, en el primer caso, la entrega del menor se realice conforme a las disposiciones relativas a la adopción plena.

Sin embargo, en su artículo 380 bis 6, el Código ignora la distinción anterior, señalando de manera genérica que el asentamiento del recién nacido habrá de realizarse mediante la figura de adopción plena.

La institución de la adopción plena es reglamentada por el Código Civil de Tabasco en sus artículos 398 a 403, en los que se establece el procedimiento que habrá de llevarse a cabo ante el juez de lo familiar competente, señalando además como requisito que los adoptantes sean un varón y una mujer casados o que hayan vivido como tales durante al menos cinco años.²⁹

Adicionalmente, se exige que la persona que ejerza la patria potestad sobre el menor —que en este caso sería la persona gestante— otorgue su consentimiento, de tal suerte que la legislación tabasqueña parece exigir que la gestante lo otorgue en tres ocasiones distintas: 1) al momento de suscribir el instrumento ante notario público; 2) durante el procedimiento jurisdiccional de ratificación del instrumento, y 3) durante el procedimiento de adopción.

²⁹ Evidentemente, este requisito no sólo replica las restricciones discriminatorias establecidas para la suscripción del instrumento de gestación, sino que impone exigencias aún más severas.

Cabe destacar, respecto de este último punto, que el Pleno de la Suprema Corte ha considerado que dicha exigencia reforzada en cuanto al consentimiento no presenta, en principio, una exigencia desproporcionada para los padres intencionales.³⁰

Por otra parte, con la salvedad de los casos de San Luis Potosí y Querétaro (cuya prohibición tajante impediría en todo caso reconocer los efectos de esta clase de contratos), el criterio de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia en el caso de Yucatán³¹ deja abierta la posibilidad para que la transferencia de paternidad, ante la ausencia de regulación en la materia, pueda ocurrir a través de figuras como el reconocimiento, lo que evitaría a los padres intencionales tener que recurrir a un mecanismo más complejo como la adopción.

II. Autoridades competentes

En cuanto a la autoridad responsable de supervisar el procedimiento, conviene en este caso realizar la distinción entre las legislaciones de Tabasco y Sinaloa, pues la primera prevé la intervención del notario público como requisito formal ineludible para la validez del acto, así como la convalidación del mismo, en distintas etapas del procedimiento, por parte de la Secretaría de Salud estatal.

A este esquema, la legislación de Tabasco añade, en dos momentos distintos, la intervención del juez de lo familiar para que la transferencia alcance su plena eficacia: en primer lugar, al momento de aprobar el contenido del instrumento (artículo 380 bis 5) y, en segundo, durante el procedimiento de adopción plena que abordamos en párrafos anteriores.

³⁰ Toda vez que, a la fecha de redacción de este texto, la resolución definitiva no ha sido publicada, véase amparo en revisión 129/2019, sesionado en el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación los días 7 y 8 de junio de 2021 (versión taquigráfica de la sesión del 8 de junio de 2021), pp. 10-26.

³¹ Amparo en revisión 553/2018, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 21 de noviembre de 2018.

Por lo que respecta al resto de los estados, la supervisión gubernamental dependerá en buena medida del mecanismo por el cual se opte, pues si bien por regla general los procedimientos de reconocimiento de paternidad y de inscripción registral corresponden al Registro Civil de cada entidad federativa, en caso de suscitarse algún conflicto con éstos, así como en el caso de que la transferencia se realice por vía de la adopción, será necesaria la intervención del juez competente en materia familiar.

Adicionalmente, cualquier conflicto que pudiera surgir respecto de la filiación del menor de edad, ya sea entre las partes (padres intencionales y persona gestante) o entre éstas y la autoridad, habrá de ser resuelto por el juez competente en materia familiar.

Además, cualquier responsabilidad civil derivada del contrato de gestación, ya sea relativa a los gastos incurridos por la gestante o al pago de la remuneración convenida, deberá tramitarse ante el juez competente en materia civil,³² mientras que la responsabilidad penal derivada del incumplimiento de la normatividad aplicable corresponderá al juez competente en materia penal.

III. Derechos de los niños

Un último punto que requiere especial atención es el relativo a los intereses de los niños concebidos mediante este procedimiento. Al respecto, debe destacarse que la doctrina del "interés superior del menor", consagrada como derecho fundamental en el artículo 4o. de la Constitución mexicana, cobra una especial trascendencia como eje rector del derecho de familia mexicano, pues la Suprema Corte de Justicia ha sido enfática en destacar su prevalencia, en caso de conflicto, por encima de los intereses de otras partes involucradas.

³² Artículo 380 bis 7 del Código Civil de Tabasco y artículos 296 y 297 del Código Familiar de Sinaloa.

Por su parte, este derecho ha sido objeto, a través del desarrollo jurisprudencial, de un paulatino desdoblamiento en diversas vertientes, entre las cuales debe desatacarse el derecho a la identidad,³³ que comprende, en su caso, el acceso a la información respecto de sus orígenes biológicos³⁴ y el derecho a un nombre, que constituye el fundamento principal para la obligatoriedad de inscribir al menor en el Registro Civil.

Sin embargo, dada la gran diversidad de escenarios que pueden presentarse con relación a esta figura, no es posible establecer *a priori* reglas fijas con respecto a sus efectos, que en todo caso deberán ser calibrados cuidadosamente por el juez atendiendo al resultado que ofrezca una mejor salvaguarda de los intereses del menor.

F. Agencias y criminalización

I. Agencias e intermediarios

Uno de los puntos más controversiales con respecto a la gestación por sustitución radica en la potencial intervención de terceros ajenos a las partes contratantes, generalmente a través de agencias, despachos u otro tipo de entidades privadas análogas, pues parece existir un consenso sobre el papel que a menudo juegan esta clase de entidades en esquemas de explotación, tanto en el ámbito nacional como internacional.³⁵ En este respecto, el Código Civil de Tabasco es el único que prohíbe expresamente esta clase de intervención, sancionando el contrato con nulidad en tal caso.³⁶

³³ Artículo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³⁴ Véase la tesis aislada 1a. XLV/2012 (10a.), emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con rubro DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL. EL CONOCIMIENTO DEL ORIGEN BIOLÓGICO DE LA PERSONA TIENE TRASCENDENCIA PSICOLÓGICA Y JURÍDICA PARA EL INDIVIDUO.

³⁵ Grupo de Información en Reproducción Elegida, *op. cit.*, pp. 23-24.

³⁶ "ARTÍCULO 380 Bis 4.- Nulidad de Contrato de Gestación
El contrato de gestación será nulo si se realiza bajo las siguientes circunstancias:
IV. Intervengan agencias, despachos o terceras personas;".

El Grupo de Información en Reproducción Elegida, A.C. ha sido enfático en señalar lo contraproducente que resulta dicha prohibición, pues considera que contribuye a orillar la práctica a la clandestinidad, siempre en perjuicio de las mujeres gestantes, como parte más vulnerable en la relación jurídica.

Sin embargo, se debe señalar que esta prohibición ha sido combatida con éxito en sede judicial, toda vez que la Suprema Corte de Justicia la declaró inconstitucional, al ser una violación al derecho al trabajo y al comercio contenido en el artículo 5o. constitucional.³⁷

II. Nulidad y sanciones

Además de la hipótesis señalada en la sección anterior, tanto Sinaloa como Tabasco³⁸ sancionan con nulidad al contrato de gestación cuando:

- a) Exista algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas.
- b) No cumpla con los requisitos y formalidades que señala el Código.
- c) Se establezcan compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del niño y la dignidad humana.
- d) Se establezcan compromisos o cláusulas que contravengan el orden social y el interés público.

Aunque en ambos casos se establece que dicha nulidad "no exime a las partes contratantes de las responsabilidades adquiridas y derivadas de su existencia", esta disposición presenta una solución únicamente para

³⁷ Véase amparo en revisión 129/2019, sesionado en el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación los días 7 y 8 de junio de 2021 (versión taquigráfica de la sesión del 7 de junio de 2021), pp. 33-60, (versión taquigráfica de la sesión del 8 de junio de 2021), pp. 3-10.

³⁸ Artículos 380 bis 4 del Código Civil de Tabasco y 288 del Código Familiar de Sinaloa.

los problemas eminentemente civiles derivados del contrato, pues en ningún caso se especifica cuáles serían dichas consecuencias, por lo que no resulta claro si dicha causal se hace valer una vez realizada la fecundación, qué efectos tendría con respecto de la filiación del menor de edad.

Por otra parte, el notario que indebidamente dé fe o certifique el contrato en contravención a la ley será separado definitivamente de su encargo, además de las responsabilidades o delitos en los que incurra, y los médicos que realicen la implantación o fecundación sin el consentimiento de las partes serán acreedores a las responsabilidades civiles pertinentes; sin embargo, no establece cuál será la sanción del médico que realice el procedimiento sin la autorización de la Secretaría de Salud del Estado.³⁹

La situación es un poco más clara en los estados que la prohíben, pues al carecer de todo efecto jurídico, el instrumento sería tratado como inexistente y la maternidad del menor se atribuiría a la persona gestante.

G. Litigios destacables

Como adelantamos, la legislación en la materia —particularmente la de Tabasco— ha sido objeto de análisis en diversas ocasiones ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación. A continuación, presentamos un breve resumen de los casos más trascendentes.

I. Amparo en revisión 553/2018⁴⁰

En el caso, una pareja del mismo sexo contrató a una mujer para que se sometiera a un tratamiento médico de fertilización *in vitro* resultante del esperma de uno de los padres intencionales y el óvulo de una donante anónima y llevara a cabo la gestación; sin embargo, la directora del

³⁹ Véase el artículo 380 bis 7 del Código Civil para el Estado de Tabasco.

⁴⁰ Sentencia de 21 de noviembre de 2018. SCJN, Primera Sala, Ministro Ponente: José Ramón Cossío. Votación por unanimidad de cinco votos. Disponible en «<https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=238503>»

Registro Civil de Yucatán les negó el registro argumentando que el acto registral no estaba previsto en la ley local.

Los padres promovieron un amparo que terminó siendo resuelto por la Suprema Corte de Justicia, la cual consideró que la ausencia de regulación no podía tomarse como una justificación para impedir el reconocimiento, protección y vigencia de los derechos fundamentales de las personas,⁴¹ por lo que el Registro Civil de Yucatán debió inscribir inmediatamente al menor para respetar su derecho a la identidad.

Respecto a la voluntad procreacional, la Corte ha establecido que ésta se desprende del derecho a decidir de manera libre e informada sobre el número y esparcimiento de los hijos. Inserto en el contexto de las TRHA, a pesar de que no existan lazos de consanguinidad entre el menor y los padres, existe un elemento volitivo por parte de los progenitores de constituir un vínculo filial entre ellos y el recién nacido.⁴²

II. Acción de inconstitucionalidad 16/2016⁴³

En esta controversia se impugnaron las disposiciones del Código Civil de Tabasco que establecen la forma y requisitos para el otorgamiento de células germinales; se argumentó que existía una omisión legislativa por parte del Congreso local al no establecer un criterio económico en el contrato de gestación.

En primer lugar, se argumentó la incompetencia del Congreso de Tabasco para regular la gestación por sustitución, específicamente, respecto de la necesidad del consentimiento para la donación de gametos *post mortem*.

⁴¹ Amparo en revisión 533/2018, párr . 51, cit.

⁴² Véase la tesis de jurisprudencia 1a. LXXVIII/2018, VOLUNTAD PROCREACIONAL. CONSTITUYE UN FACTOR DETERMINANTE EN LA FILIACIÓN DE UN NIÑO O UNA NIÑA QUE NACIÓ BAJO UN PROCEDIMIENTO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, junio de 2018, tomo II, p. 980, registro digital 2017285.

⁴³ Sentencia de 07 de junio de 2021, SCJN, Pleno, Ministra Ponente: Norma Lucía Piña Hernández. Votación 1, 3 y 7 de junio de 2021 disponible en «<https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=194229>»

La Corte optó por invalidar las disposiciones impugnadas, así como la porción que establece "por algún cónyuge o concubino", por considerarla discriminatoria.

También se impugnó la autorización que la legislación otorga a la gestante para demandar la custodia,⁴⁴ por considerarse que se violaba el interés superior del menor. La Corte determinó que si bien la voluntad procreacional es un factor determinante para establecer la filiación del menor en el contexto particular, también es necesario considerar otros factores, como el interés superior de la niñez. Por lo tanto, la norma deviene inconstitucional, al ser una calificación *a priori* que excluye toda posibilidad de evaluar la situación particular de acuerdo con el interés superior de la niñez.

La Corte también invalidó la referencia al consentimiento requerido del cónyuge o concubino para que la gestante lleve a cabo el procedimiento, considerando que se vulneraba la autonomía de las mujeres y reforzaba el estereotipo de que son incapaces de tomar decisiones sobre su propio cuerpo. También se invalidaron las referencias a "la madre y el padre", pues, interpretadas como un requisito de que los contratantes fueran una pareja de distinto sexo, restringía el derecho a las parejas homosexuales o personas solteras.

Por otra parte, la Corte determinó que no existía una omisión legislativa por parte del Congreso de Tabasco con respecto a la naturaleza gratuita del contrato, ya que no existía una obligación constitucional previa que obligara a los legisladores locales, por lo que, al menos en principio, la remuneración parece estar autorizada por la postura de la Corte.

Extendiendo los efectos de la resolución, la Corte también decidió invalidar todas las porciones normativas que se refirieran a "padre o madre" y "cónyuges o concubinos".

⁴⁴ *Ibidem*.

III. Amparo en revisión 129/2019⁴⁵

El amparo fue presentado por un centro de fertilidad de Tabasco en contra de la reforma de enero de 2016.⁴⁶ En primer lugar, la Corte resolvió sobre la constitucionalidad de sancionar con nulidad el contrato de gestación cuando intervenga una agencia, despacho o tercera persona en su celebración, concluyendo que esta sanción es violatoria de la libertad de trabajo y comercio consagrada en el artículo 5o. constitucional.

Igualmente, se impugnó la prohibición a la participación de extranjeros dentro del contrato. La Suprema Corte coincidió en la inconstitucionalidad del artículo, al establecer una distinción injustificada con base en el origen nacional, pero no alcanzó un consenso respecto del nivel de escrutinio requerido.

En tercer lugar, la Corte analizó el argumento en contra de la exigencia de un procedimiento doble (notarial y jurisdiccional);⁴⁷ sin embargo, determinó por mayoría considerarlo un requisito válido impuesto por el legislador local para salvaguardar los intereses en juego.

H. Iniciativas de reforma

Ante la imperiosa necesidad de colmar los vacíos legislativos que han generado una buena parte de los problemas señalados en secciones anteriores, las legislaturas, tanto locales como federal, han presentado diversas iniciativas encaminadas a regular la gestación subrogada.

I. Ciudad de México

En noviembre de 2010, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobó la iniciativa para una Ley de Maternidad Subrogada para la capital, y

⁴⁵ Sentencia de 4 de diciembre de 2019. SCJN, Primera Sala, Ministro Ponente Jorge Mario Rebolledo. Votación disponible en «<https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=250856>»

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Idem*.

aunque fue descartada por una moción de censura en diciembre de 2011, vale la pena resaltar algunas de sus características.

En primer lugar, la iniciativa no contemplaba la posibilidad de que madres solteras o parejas del mismo sexo llevaran a cabo el procedimiento; únicamente permitía acceder a él con un certificado médico de infertilidad. También habría sido la primera legislación en el país en prescribir la naturaleza gratuita de la subrogación como obligatoria.⁴⁸ Además, a diferencia de Tabasco y Sinaloa, esta ley únicamente sería aplicable a los habitantes del entonces Distrito Federal.⁴⁹

Por otra parte, al igual que Sinaloa, la iniciativa preveía que, previa notificación a las autoridades correspondientes, la filiación del menor se estableciera respecto de los padres intencionales desde el momento de la fecundación.⁵⁰

El Registro Civil, en coordinación con la Secretaría de Salud, debería llevar una lista de los instrumentos y nacimientos derivados de esta práctica, debiendo incluir en el asiento el nombre de las personas que participaron en el instrumento, su edad, estado civil y la fecha en la que se suscribió, así como el nombre y número del notario público que intervino, el folio y libro en el que se encontraba inscrito y el nombre del médico tratante y de la institución en la que se llevó a cabo el procedimiento.⁵¹

⁴⁸ "Artículo 27 de la Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal".

⁴⁹ "Artículo 14. El Instrumento para la Maternidad Subrogada podrá ser suscrito por la madre y el padre subrogados y la mujer gestante, previo cumplimiento de los siguientes requisitos:
1. Ser habitantes del Distrito Federal, hecho que deberá ser acreditado a través de una constancia de residencia, expedido por autoridad competente;"

⁵⁰ "Artículo 19. El Instrumento para la Maternidad Subrogada, una vez que sea suscrito, deberá ser notificado en sus efectos a la Secretaría de Salud y al Registro Civil para que el estado del menor nacido mediante esta práctica sea contemplado en su filiación como hija o hijo desde el momento de la fecundación de sus progenitores biológicos, es decir, madre y padre subrogados".

⁵¹ "Artículo 27. La Secretaría de Salud en coordinación con el Registro Civil llevará un registro de los instrumentos de Maternidad Subrogada y nacimientos que se hayan efectuado mediante esa práctica médica. El registro deberá contener el nombre de las personas que participaron en la Maternidad Subrogada, así como su edad y estado civil; además de la fecha de suscripción del Instrumento para

II. Iniciativas federales

Existen hasta la fecha tres iniciativas de reforma en proceso (dos en la Cámara de Diputados y una en el Senado) que pretenden regular, en el ámbito federal, el acceso a los procedimientos de gestación subrogada y las particularidades de su implementación.

Aunque las tres iniciativas coinciden en varios puntos, como la prohibición de pago o contraprestaciones a la gestante o de que esta participe más de dos veces en el procedimiento, resulta particularmente destacable la presentada por la diputada Maricela Contreras el 23 de febrero de 2017 ante la Cámara de Diputados, pues es la única que no exige a los padres intencionales tener la nacionalidad mexicana ni un diagnóstico de infertilidad, además de establecer restricciones a las cláusulas que puede contener el contrato, con la finalidad de proteger los derechos fundamentales de las partes (en especial, de la gestante).

Por otro lado, las tres iniciativas establecen, aunque en distinto grado, sanciones penales para quienes realicen prácticas en contravención a lo impuesto por la ley, siendo nuevamente la de la diputada Contreras la única que establece sanciones específicas para el personal médico.

I. Conclusiones

Aunque definitivamente se puede categorizar a México entre los Estados que autorizan la gestación subrogada, la regulación, como hemos visto, aún deja mucho que desear. Sólo dos 2 de las 32 legislaturas locales han optado por regular expresamente esta clase de acuerdos e, incluso en estos casos, los ordenamientos han demostrado adolecer de importantes defectos de constitucionalidad, que no han logrado superar el escrutinio de los tribunales.

la Maternidad Subrogada, nombre y número del Notario Público, folio y libro en que se encuentra inscrito el Instrumento, nombre del médico tratante y de la institución médica en la que se lleve a cabo dicho procedimiento".

Lo anterior se agrava ante una distribución poco clara de competencias, en virtud de la cual varios aspectos fundamentales para esta clase de procedimientos corresponden al gobierno federal, que hasta el momento no se ha decidido a legislar en la materia.

Si bien, como consecuencia de su sistema federal, existe en México una regulación fragmentada y dispar, que en gran medida es complementada con la actividad interpretativa jurisdiccional, autores como Albornoz y López González señalan la necesidad de una regulación más detallada y extensiva para la materia, recalcando los problemas que derivan del tráfico internacional y la comercialización con las mujeres gestantes, así como el vacío que existe respecto a la intervención de centros médicos y otros intermediarios dentro del proceso.⁵²

Aunque, sin duda, las iniciativas que actualmente se encuentran en proceso contribuirán, en su momento, a aclarar el panorama, es probable que, al menos en un futuro cercano, los tribunales continúen teniendo una participación activa y preponderante en la evolución de esta institución en el derecho mexicano.

Bibliografía

Albornoz, María y López González, Francisco, "Marco Normativo de la gestación por sustitución en México: desafíos internos y externos", *SCIELO*, 2017. Disponible en: «<http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v11n39/1870-2147-rius-11-39-00009.pdf>». [Consultado el 1 de octubre de 2021].

Grupo de Información en Reproducción Elegida, A. C., *Gestación Subrogada en México*, México, GIRE, 2017.

⁵² Albornoz, María y López González, Francisco, "Marco Normativo de la gestación por sustitución en México: desafíos internos y externos", *SCIELO*, 2017. Disponible en: «<http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v11n39/1870-2147-rius-11-39-00009.pdf>». [Consultado el 1 de octubre de 2021].

Tesis de jurisprudencia 1a. LXXVIII/2018, VOLUNTAD PROCREACIONAL. CONSTITUYE UN FACTOR DETERMINANTE EN LA FILIACIÓN DE UN NIÑO O UNA NIÑA QUE NACIÓ BAJO UN PROCEDIMIENTO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, junio de 2018, tomo II, p. 980, registro digital 2017285.

Amparo en revisión 553/2018. Sentencia de 21 de noviembre de 2018, SCJN, Primera Sala, Ministro Ponente: José Ramón Cossío. Votación por unanimidad de cinco votos. Disponible en «<https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=238503>».

Amparo en revisión 533/2018. Sentencia de 07 de junio de 2021, SCJN, Pleno, Ministra Ponente: Norma Lucía Piña Hernández. Votación 1, 3 y 7 de junio de 2021 disponible en «<https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=194229>».

Amparo en revisión 129/2019. Sentencia de 4 de diciembre de 2019. SCJN, Primera Sala, Ministro Ponente Jorge Mario Rebolledo. Votación disponible en «<https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=250856>».