

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.

© VVAA.

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

Introducción

Nicolás Espejo Yaksic

Claire Fenton-Glynn

Fabiola Lathrop Gómez

Jens M. Scherpe

A pesar de su existencia fáctica, la gestación por subrogación constituye un tema controvertido.¹ Entre otros aspectos, implica un debate sobre la posible mercantilización de niñas y niños y de la gestación misma (y, por lo tanto, de los cuerpos de las personas con capacidad de gestar). Esto conlleva profundas discusiones sobre la posible explotación de las mujeres que actúan como sustitutas, pero también respecto de los derechos de su autonomía.² Esta obra no busca brindar una respuesta definitiva sobre lo que constituye explotación o mercantilización; en cambio, examina

¹ Véase Carrio Sampedro, A. (ed.), *Gestación por sustitución. Análisis crítico y propuestas de regulación*, Madrid, Marcial Pons, 2021; Lamm, L., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, pp. 218-250. Disponible en: http://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/libro_gestacion_por_sustitucion.pdf (fecha de última consulta: 1 de mayo de 2022).

² Wilkinson, S., "The exploitation argument against commercial surrogacy", *Bioethics*, 169, 17(2), 2003; Wilkinson, S., "Exploitation in international paid surrogacy arrangements", *Journal of Applied Philosophy* 125, 33(2), 2016; Brazier, M., "Can you Buy Children?", *Child and Family Law Quarterly* 345, 11(4)1999; Epstein, Ra, "Surrogacy: the case for full contractual enforcement", *Virginia Law Review*, 81, 2305, 1995; McLachlan, H. y Swales, K., "Commercial surrogate motherhood and the alleged commodification of children: a defense of legally enforceable contracts", *Law and Contemporary Problems*, 72, 91, 2009; Posner, Ra, "The ethics and economics of enforcing contracts of surrogate motherhood", *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, 5, 21, 1989; Van Niekerk, A. y

cómo se definen y entienden estos conceptos en diferentes jurisdicciones, y también cuáles son las consecuencias de las decisiones tomadas por las legislaciones nacionales sobre la base de estas preocupaciones.

No cabe duda de que los problemas derivados de la gestación subrogada o sustituta son complejos y afectan a muchas áreas del derecho. En particular, surgen cuestiones básicas de derecho de familia y estatus con respecto a la asignación de la posición legal como progenitor (padre/madre), y en qué se debe basar esta posición. Es decir, la regulación de la gestación por subrogación exige que nos planteemos, nada menos, qué significa realmente "ser progenitor".³ A esta pregunta se suman preocupaciones referidas al interés superior de niñas, niños y adolescentes. Así, en países con sistemas "prohibitivos" o incluso "regulados" sobre la gestación por subrogación se ha intentado evitar que los padres comitentes viajen al extranjero y regresen con el niño o la niña. El *quid* de este debate en particular es que las autoridades nacionales inevitablemente se enfrentan a un hecho ya consumado, es decir, un niño o una niña nacida como resultado de un acuerdo de subrogación. Y en esos casos los sistemas legales deberán otorgar una respuesta a ese hecho, en base a la satisfacción primordial de los intereses de esa niña o niño y por sobre cualquier otra consideración.⁴

Van Zyl, L., "The ethics of surrogacy: women's reproductive labour", *Journal of Medical Ethics*, 21, 345, 1995.

³ Muchos debates específicos sobre la regulación de la gestación por subrogación forman parte de una discusión mucho más amplia respecto a la definición de paternidad/maternidad y su lugar en el contexto de la diversidad de formas familiares. Sosson, J., Willems, G. y Motte, G (eds.), *Adults and Children in Postmodern Societies*, Cambridge, Intersentia, 2018; Scherpe, J. M., "Breaking the existing paradigms of parent-child relationships", en Douglas, G., Murch, M. y Stephens, V (eds.), *International and national perspectives on child and family law: Essays in honour of Nigel Lowe*, Cambridge, Intersentia, pp. 343-359; Bainham, A., "Arguments about parentage", *Cambridge Law Journal* 3, 67(2), 22, 2008.

⁴ Cohen, I. G., "Regulating reproduction: the problem with best interests", *Minnesota Law Review*, 96, 423, 2012; Cohen, I. G., "Beyond best interests", *Minnesota Law Review*, 96, 1187, 2012; Mutcherson, K. M. "In defense of future children: a response to Cohen's beyond best interests", *Minnesota Law Review Headnotes*, 96, 46, 2012.

Otros aspectos centrales de este debate se refieren al arreglo o contrato de subrogación como tal. ¿Deberían tales actos jurídicos ser considerados como vinculantes y, de ser así, con qué consecuencias? Una vez más, surgen problemas fundamentales con respecto a la explotación potencial, la mercantilización y la autonomía, que deben ser respondidos. Lo mismo se aplica a las consideraciones sobre quiénes deberían ser elegibles como personas sustitutas y comitentes, una vez que uno acepta que la subrogación está ocurriendo y debe ser regulada.

El hecho de que los problemas que se plantean parezcan insuperables, y que cualquier posición que se adopte inevitablemente pueda ser criticada por su imperfección e incapacidad para hacer frente a todas las situaciones de subrogación, no significa que los debates sobre estos temas sean fútiles. Probablemente sea inevitable que cualquier regulación, ya sea nacional o internacional, sólo pueda lograr parcialmente sus objetivos de política pública. En muchos sentidos, lo mejor que se puede esperar es que más personas estén protegidas por las normas legales, incluso si no podemos lograrlo para todas y todos. Aun así, es sin duda un objetivo por el que vale la pena trabajar, y se espera que este libro y proyecto de investigación puedan hacer una contribución a los debates y la reforma legal en América Latina y más allá.

A. La presente obra

Esta obra es fruto del trabajo conjunto desarrollado en el marco de un convenio de cooperación celebrado en 2021 entre el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México y el Centro de Derecho de Familia de la Universidad de Cambridge. Como tal, el presente trabajo se enmarca en los esfuerzos desplegados por generar una dogmática comparada robusta para comprender críticamente los diversos desarrollos del derecho familiar constitucionalizado en México y en América Latina en general.⁵ A su vez, este libro es un

⁵ Véase, en particular, Espejo Yaksic, N. e Ibarra Olguín, A. M., *La constitucionalización del derecho de familia: perspectivas comparadas*, Ciudad de México, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema

esfuerzo por dar seguimiento a un proyecto de investigación anterior denominado "Perspectivas orientales y occidentales sobre la subrogación".⁶ Uno de los principales objetivos del proyecto de investigación sobre gestación por subrogación fuera de la región latinoamericana era observar cómo el mercado global de la subrogación ha tenido (o de hecho aún no ha tenido) un impacto en la ley en diferentes jurisdicciones y diferentes sociedades y, en particular, cómo los sistemas jurídicos locales han reaccionado a la presiones sociales y políticas resultantes de las realidades de la subrogación en un mundo globalizado. Este objetivo se ha intentado mantener para este libro, sin perjuicio de las dificultades encontradas para obtener información precisa en todas las materias originalmente estimadas. Para garantizar la comparabilidad, y también para asegurar que la información clave se incluya en los capítulos individuales, las contribuciones se guiaron por una serie de preguntas estructurantes desarrolladas por los editores.

En esta obra se presenta panorámicamente la situación de la gestación por subrogación en 12 países de América Latina;⁷ todos los cuales cuentan con ordenamientos que siguen la tradición jurídica continental. No obstante, debido a que sus legislaciones regulan realidades con componentes sociales, políticos y culturales muy distintos, sus normas suelen diferir. Esta característica trae como consecuencia que los derechos nacionales —incluida la doctrina y la jurisprudencia— presenten estadios de desarrollo disímiles en la región en lo que se refiere a materias civiles y de familia, que son las más atingentes a la figura en estudio. En particular, y como se advierte en varios de los capítulos que componen esta obra, frente al mayoritario silencio del legislador, han sido las juezas y los jueces,

Corte de Justicia de la Nación, 2019; Espejo Yaksic, N. (ed.), *La responsabilidad parental en el derecho. Una mirada comparada*, Ciudad de México, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.

⁶ Scherpe, Jens M., Fenton-Glynn, Claire y Kaan, Terry (eds.), *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, Cambridge, Intersentia, 2019.

⁷ La mayoría —siete países— pertenece a América del Sur; dos, a El Caribe; otros dos, a América Central, y uno, a América del Norte.

así como otras iniciativas médicas o administrativas, quienes han debido intentar dar respuesta a los diversos desafíos normativos que presenta la gestación por subrogación. Esto genera un evidente marco de incerteza jurídica que no facilita una comprensión integral de las distintas cuestiones asociadas a las prácticas nacionales y transfronterizas de la gestación por subrogación.

En cuanto a lo legislativo, la primera cuestión que debemos adelantar es que todos los ordenamientos examinados tienen en común la ausencia de regulación integral de la gestación por subrogación. Sólo una minoría —dos estados de México; Uruguay y Puerto Rico— tienen reglas de rango legal que abordan esta figura, mientras que Brasil cuenta con normas de orden reglamentario al respecto e, igualmente, en todos estos países las regulaciones son criticadas por incompletas. Esta laguna legal se detecta también, en la mayoría de los países analizados, en materias de técnicas de reproducción asistida, por lo que tampoco hay normativa sobre donación de espermatozoides, óvulos o embriones en general.⁸ En la mayoría de los ordenamientos no se regula el acceso a la información del donante de gametos, por lo que las donaciones tienen carácter de anónimas y, en principio, la persona nacida de técnicas de reproducción asistida no tiene un derecho consagrado legalmente a conocer información sobre su origen genético.

B. Categorización de enfoques en torno a la gestación por subrogación. Hallazgos en la región latinoamericana

Es posible formular una categorización de los diferentes enfoques sobre la gestación por subrogación en, a lo menos, cuatro categorías principales:

⁸ De los países analizados, Costa Rica contempla una regulación legal de las técnicas de reproducción asistida que data de 2015, pero no se refiere a la gestación por subrogación; en cambio, Uruguay cuenta con ley de técnicas de reproducción asistida desde el 2013 —y su reglamento, de 2015—, la cual incluye algunas normas sobre gestación por subrogación, entendida ésta como una técnica de reproducción asistida de carácter excepcional, y sobre donación de gametos y anonimato.

prohibitivo, tolerante, regulador y basado en regulación por parte de profesión médica.⁹ Si bien, por supuesto, habrá algunos sistemas que desdibujarán los límites entre estas categorías, la categorización pretende resumir los diferentes enfoques adoptados por los sistemas jurídicos locales (o no adoptados, según sea el caso), y cómo permitirían avanzar hacia un consenso sobre la subrogación transfronteriza.¹⁰ En opinión de las editoras y los editores de esta obra, dicha categorización permite comparaciones más significativas y, por lo tanto, se explicará con más detalle a continuación.

I. El enfoque prohibitivo

En muchas jurisdicciones comparadas, la subrogación está prohibida explícitamente en el ámbito nacional, en cualquier forma.¹¹ De las 12 jurisdicciones de América Latina estudiadas en esta obra, sólo dos legislaciones locales en México la prohíben. El Código Familiar de San Luis Potosí declara inexistente la "maternidad sustituta", privándola de cualquier posible efecto, atribuyendo exclusivamente la maternidad a quien gestó a la criatura. El Código Civil de Querétaro, aunque reconoce el parentesco por consanguinidad de los hijos nacidos mediante técnicas

⁹ Sobre este enfoque, véase, el capítulo introductorio de Fenton-Glynn y Scherpe, en Scherpe, J. M., Fenton-Glynn, C. y Kaan, T. *op. cit.*, pp. 513-592; en dicha obra se sugiere también un enfoque denominado "de libre mercado". Esto es, jurisdicciones que no regulan quién puede entrar en acuerdos de subrogación, o por qué motivos, y en su lugar permiten que se hagan cumplir los acuerdos comerciales privados entre las partes. Tal es el caso de California (Estados Unidos), Ucrania y Rusia. La información disponible en la presente investigación no permite concluir que existan sistemas de libre mercado, sin perjuicio de que ello pueda estar ocurriendo, en la práctica, en aquellos países que no regulan la existencia y las consecuencias específicas de la gestación por subrogación. Por esa razón, este quinto enfoque no ha sido incluido.

¹⁰ Sobre el uso de esta categorización véase Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children, including child prostitution, child pornography and other child sexual abuse material, *Report on safeguards for the protection of the rights of children born from surrogacy arrangement*, 15 July 2019, Symbol No. A/HRC/37/60. Disponible en <https://www.ohchr.org/en/calls-for-input/reports/2019/report-safeguards-protection-rights-children-born-surrogacy> (consultado el 25 de abril de 2022).

¹¹ Por ejemplo, Francia, Alemania, República Popular China, Singapur, España y Taiwán. Véase en Scherpe, J. M., Fenton-Glynn, C. y Kaan, T. (eds.), *op. cit.*, la información de cada país: Pintens, W., Francia, p. 18; Dutta, A., Alemania, p. 35; Shi, L., China, p. 359; Farnós Amorós, E., España, pp. 59-82; Kaan, T., Singapur, p. 397; Ho, C., Taiwán, p. 377.

de fecundación asistida, prohíbe expresamente la utilización de una tercera mujer para realizar el procedimiento.¹² En los demás países analizados, sin embargo, no se observan prohibiciones legales generales. Se advierten, eso sí, algunas prohibiciones legales específicas, respecto a formas individualizadas de gestación por subrogación.

Puerto Rico y Uruguay, por ejemplo, no permiten la gestación por subrogación "tradicional". En Uruguay, la ley considera como absolutamente nulos los contratos a título oneroso o gratuito entre una pareja o mujer que provea gametos o embriones, sean éstos propios o de terceros, para la gestación en el útero de otra mujer, obligándola a entregar al nacido a la otra parte o a un tercero. Se exceptúa únicamente la situación de la mujer cuyo útero no pueda gestar su embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas, quien podrá acordar con un familiar de segundo grado de consanguinidad, o de su pareja, la implantación y gestación de un embrión propio. En tales casos, el acuerdo deberá ser de naturaleza gratuita y suscrito por todas las partes intervinientes.¹³ A su vez, la legislación de Puerto Rico adoptada en 2020 incorporó cuatro artículos al Código Civil que reconocen lo que se denominó "maternidad subrogada", limitada a la gestacional. Esto fue interpretado en 2021 por el Tribunal Supremo de Puerto Rico como el reconocimiento jurídico de la práctica de reproducción por subrogación, si bien sólo en su modalidad gestacional (la persona gestante no aporta material genético). En los demás casos, se entiende que opera una prohibición de los acuerdos de gestación por subrogación.¹⁴

En Brasil no existe una ley formal para la gestación por sustitución. A falta de legislación en la materia, el Consejo Federal de Medicina, en uso de sus atribuciones, ha emitido actos normativos para orientar a los médicos en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, en especial,

¹² Sosa Pastrana, F., "La gestación por subrogación en México", p. 249.

¹³ Sánchez, D. M., "La gestación por subrogación en Uruguay", pp. 380-381.

¹⁴ Vicente, E., "La gestación por subrogación en Puerto Rico", p. 313.

la resolución 2.294/2021, de junio de 2021; conforme a ésta, la gestación subrogada no puede tener carácter lucrativo o comercial, sino sólo altruista. En otras palabras, existe una prohibición —a lo menos reglamentaria y en el ámbito profesional médico— de la gestación por subrogación onerosa.¹⁵

Un caso excepcional de prohibición, por vía de interpretación judicial, podría ser el de Guatemala. En un caso resuelto por la Corte de Constitucionalidad en 2013, determinó la inconstitucionalidad de un acuerdo oneroso de gestación por subrogación, considerándolo equivalente al delito de trata de personas con fines de adopción irregular. Para llegar a esta conclusión, la Corte fundó su decisión, principalmente, en la protección de la dignidad, el bienestar y la salud integral del niño.¹⁶ No es claro, sin embargo, que dicha prohibición opere respecto de toda forma de gestación por subrogación, especialmente la altruista.

II. El enfoque tolerante

Algunas jurisdicciones comparadas se caracterizan por no regular la subrogación en sí misma, pero sí se abocan en ejercer control sobre sus efectos. Es el caso, por ejemplo, de Australia¹⁷ e Inglaterra.¹⁸ Tratándose de América Latina, éste parece ser un enfoque destacado, liderado principalmente por los esfuerzos de la judicatura en dar respuesta a problemas concretos y apremiantes, generados por las prácticas nacionales y transfronterizas de la gestación por subrogación. Así, uno de los aspectos en que gran parte de las jurisdicciones han tolerado la práctica es a efectos de reconocer la naturaleza filiativa de la gestación por subrogación. Ello, principalmente, basado en la protección de los intereses superiores de niñas, niños y adolescentes.

¹⁵ Ribeiro, G. y Bezerra de Menezes, J., "La gestación por subrogación en Brasil", p. 62.

¹⁶ J. A. Molina Morán, "La gestación por subrogación en Guatemala, pp. 228-232.

¹⁷ Keyes, M. en Scherpe, J. M., Fenton-Glynn, C. y Kaan, T. (eds.), *op. cit.*, pp. 87-89.

¹⁸ Fenton-Glynn, C. en Scherpe, J. M., Fenton-Glynn, C. y Kaan, T. (eds.), *op. cit.*, p. 116.

Todos los ordenamientos examinados —salvo Colombia y Ecuador— presentan jurisprudencia que reconoce los efectos de naturaleza filiativa de la gestación por subrogación. En Colombia, la Corte Constitucional ha dictado dos fallos referidos a casos que involucran gestación por subrogación, pero el pronunciamiento no ha recaído en aspectos de fondo de esta figura, si bien ha terminado reconociendo sus efectos. No hay casos registrados ante los tribunales ordinarios, aunque es sabido que se practica.¹⁹ En Ecuador, en tanto, si bien la gestación por subrogación se lleva a cabo —en la práctica— desde hace más de 20 años, no se registran casos judicializados. Sólo hay registro de un caso decidido ante la Corte Constitucional, pero sobre técnicas de reproducción asistida en general.²⁰

Las acciones judiciales intentadas suelen ser de reclamación de maternidad, aunque también se verifica la adopción (sujeta a procedimiento judicial).²¹ Ésta, en todo caso, es útil para parejas de distinto sexo, ya que en la mayoría de los países de la región no está permitido que parejas del mismo sexo adopten. Estos conflictos de orden filiativo se judicializan una vez que la criatura ha nacido gracias a la gestación subrogada; salvo el caso argentino, en el que se han verificado algunos reconocimientos judiciales previos al nacimiento.²² Así sucedió en Costa Rica en 2018,²³ mientras que en Perú se registran cuatro casos en 2021²⁴ y en Chile al menos cinco desde 2018.²⁵ Especialmente importante resulta el hecho

¹⁹ Rueda, N., "La gestación por subrogación en Colombia", pp. 125-129.

²⁰ Merlyn, S., "La gestación por subrogación en Ecuador", pp. 195-198.

²¹ Cabe destacar que al conocer este tipo de acciones los tribunales se inspiran fuertemente en principios de derecho internacional de los derechos humanos, como el de igualdad y no discriminación, identidad e interés superior del niño. Estos principios son también utilizados por la doctrina especializada en ciertos países, la que, apoyada en procesos de constitucionalización y convencionalización, ha ido generando argumentos que se apartan de la mirada clásica apegada a criterios contractuales asociados preliminarmente a esta figura, como lo fue en su momento el mal denominado contrato de arrendamiento de vientre o de útero. No obstante, en general, se observa un escaso tratamiento de esta figura en la doctrina especializada.

²² Rodríguez Iturburu, M., "La gestación por subrogación en Argentina", pp. 30-31.

²³ Jiménez Mata, A., "La gestación por subrogación en Costa Rica", pp. 170-172.

²⁴ Siverino Bavio, P., "La gestación por subrogación en Perú", pp. 285-292.

²⁵ Lathrop Gómez, F., "La gestación por subrogación en Chile", pp. 109-115.

de que la primera resolución dictada en Argentina que resuelve sobre la gestación por subrogación, en 2017, ante el fuero contencioso administrativo, haya sido motivada por una acción colectiva. Como puede leerse en el capítulo respectivo, la jurisprudencia ha resuelto 52 casos sobre gestación por subrogación en Argentina (60 sentencias le reconocen efectos filiativos).²⁶

III. El enfoque regulatorio

Varias jurisdicciones comparadas, por ejemplo, Grecia, Israel, Nueva Zelanda, Portugal y Sudáfrica, van un paso más allá y no sólo toleran la subrogación, sino que la facilitan activamente.²⁷ A diferencia de los enfoques "tolerantes", estas jurisdicciones regulan la gestación subrogada antes de la concepción del niño, y es necesario solicitar el permiso de las autoridades correspondientes antes de que se puedan realizar los procedimientos médicos. Como se indicó con anterioridad, en la región latinoamericana la gestación por subrogación está regulada —con rango legal— solamente en dos estados de México, y en Puerto Rico y Uruguay. De estos ordenamientos, los más completos son los de los estados mexicanos de Sinaloa y Tabasco.

En general, las leyes de Tabasco y Sinaloa son similares en cuanto a los requisitos para llevar a cabo la gestación por subrogación. Así, por ejemplo, ambas jurisdicciones prevén la subrogación como alternativa para superar la infertilidad de parejas de concubinos o cónyuges. Ambas legislaciones, además, presentan una tipología parecida en torno a la gestación por subrogación. En el caso de Tabasco, subrogada y sustituta.²⁸ En el de Sinaloa, subrogación total (que es el símil de la gestación por contrato subrogada de la ley tabasqueña); subrogación parcial; subrogación onerosa,

²⁶ Rodríguez Iturburu, M., "La gestación por subrogación en Argentina", p. 27.

²⁷ Véase Scherpe, J. M., Fenton-Glynn, C. y Kaan, T. (eds.), *op. cit.*

²⁸ Sosa Pastrana, F., "La gestación por subrogación en México", p. 250.

y subrogación altruista.²⁹ Como ya hemos visto, Puerto Rico y Uruguay, en cambio, no permiten la gestación por subrogación tradicional.

En cuanto a la elegibilidad, tanto la legislación de Tabasco como la de Sinaloa fijan criterios o exigencias específicas para la persona gestante y para quienes encargan la gestación. En cuanto a la persona gestante, tales requisitos incluyen la existencia de autorizaciones y certificados psicológicos, clínicos y sociales, ausencia de drogadicción, edad mínima, dictamen médico de ausencia de embarazo reciente y consentimiento informado, entre otros.³⁰ Respecto a la o las personas comitentes, la legislación de Tabasco —desde 2016— ha adoptado criterios considerablemente restrictivos para quienes pretenden hacer uso de este mecanismo como progenitores intencionales (contratantes), exigiendo: 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, y d) que la madre contratante tenga 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.³¹ Interesantemente, esta 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 progenitores intencionales.³²

En Uruguay la ley prevé que la filiación del nacido corresponderá a quienes hayan solicitado y acordado la subrogación de la gestación. El proceso en este caso será el habitual, de inscripción del recién nacido en el Registro Civil. Enseguida, agrega que la filiación materna estará determinada por el parto o la cesárea de la madre biológica, o en su caso por la

²⁹ *Ibidem*, p. 251.

³⁰ *Ibidem*, pp. 260-261.

³¹ *Ibidem*, p. 262.

³² *Ibidem*, pp. 262-263.

mujer cuya gestación ha sido subrogada.³³ La legislación de Puerto Rico presume que el parto determina la maternidad, pero dispone como excepción los casos de "maternidad subrogada gestacional". Además, reconoce a la comitente la facultad de impugnar la maternidad cuando ocurre por medio de la subrogación.³⁴ En cambio, en México las leyes son más exhaustivas, si bien optan por modelos diferentes.

El ordenamiento jurídico de Puerto Rico, conforme al Código Civil que entró en vigor el 28 de noviembre de 2020, reconoce el derecho a recurrir a la reproducción por subrogación. Sin embargo, deja al arbitrio de la autonomía de la voluntad y de las operaciones de la Ley de Adopción las situaciones en que la persona gestante tiene vínculos genéticos con la criatura. Deja, además, en manos de la persona gestante la decisión de hacer realidad la entrega de la criatura a los progenitores intencionales. Se trata, en consecuencia, de una regulación incipiente pero insuficiente. En la actualidad, se discute un proyecto de ley para atender aspectos tales como: establecer las normas y los requisitos para realizar acuerdos de reproducción por subrogación gestacional; disponer sobre los derechos y las responsabilidades de las partes involucradas; establecer el procedimiento judicial requerido, las órdenes judiciales a solicitar previo al nacimiento, la filiación y disposiciones para la inscripción en el certificado de nacimiento, entre otras.³⁵

VI. El enfoque de regulación por la profesión médica

Un enfoque adicional no es legislativo, sino que implica la regulación de la gestación subrogada por parte de la profesión médica; es el caso, por ejemplo, de Japón y Corea del Sur, donde el acceso a la subrogación está controlado por pautas médicas/éticas, que no son vinculantes ni

³³ Sánchez, D. M., "La gestación por subrogación en Uruguay", p. 381.

³⁴ Vicente, E., "La gestación por subrogación en Puerto Rico", p. 316.

³⁵ *Ibidem*, p. 315.

aplicables.³⁶ En América Latina, el caso que grafica este enfoque regulatorio es el de Brasil. A falta de legislación en la materia, el Consejo Federal de Medicina, en uso de sus atribuciones, ha emitido actos normativos para orientar a los médicos en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.³⁷ De acuerdo con la resolución 2.294/2021, de junio de 2021, la gestación subrogada no puede tener carácter lucrativo o comercial; si bien los beneficiarios de la gestación subrogada deben garantizar el tratamiento y el seguimiento médico, incluso por equipos multidisciplinarios, de ser necesario, a la persona que llevará el embarazo. La resolución 2.294/2021 exige determinados requisitos tanto para la persona gestante como para la o las personas comitentes. Respecto a la primera, se exige: a) ser legalmente competente, por haber cumplido 18 años o estar emancipada en los casos previstos por la ley; b) tener hasta 50 años de edad, preferentemente; c) tener parentesco de hasta cuarto grado con alguno de los creadores del proyecto parental, preferentemente; d) tener al menos un hijo vivo; e) presentar un informe médico que acredite su aptitud clínica y emocional, y f) presentar autorización de su cónyuge o pareja, si está casada o vive en unión estable. Algunos de estos requisitos no son absolutos y se regulan ciertas excepciones.³⁸

Respecto a la o las personas comitentes, los requisitos son: a) ser legalmente competente, por haber alcanzado la edad de 18 años o haberse emancipado en los casos previstos por la ley; b) presentar una prescripción terapéutica, y c) presentar un informe médico que acredite su idoneidad clínica y emocional. La prescripción terapéutica está relacionada con la comprobación de un problema médico o un obstáculo de alguna naturaleza que impida o contrarreste el embarazo. Tanto la infertilidad

³⁶ Véase Scherpe, J. M., Fenton-Glynn, C. y Kaan, T. (eds.), *op. cit.*

³⁷ El Consejo Federal de Medicina, creado por la Ley 3.268/1957, es una entidad de administración pública indirecta con facultades de inspección y regulación de la práctica médica. Sus actos normativos, en forma de resoluciones, indican las normas de conducta que deben seguir los médicos, so pena de responsabilidad disciplinaria. En la práctica, también sirven para regular el acceso de los usuarios y algunas de las repercusiones legales del uso de las técnicas de reproducción asistida.

³⁸ Ribeiro, G. y Bezerra de Menezes, J., "La gestación por subrogación en Brasil", pp. 64-65.

física como la social pueden dar lugar al uso de gestación por subrogación; puede realizarse a favor de personas solteras, casadas o que vivan en unión estable, independientemente de su sexo y orientación sexual. Los comitentes pueden utilizar gametos o embriones de terceros en la gestación subrogada, siempre y cuando no hayan sido obtenidos mediante transacciones comerciales. Salvo en los casos de donaciones entre parientes hasta el cuarto grado, los donantes no deben conocer la identidad de los receptores y viceversa.³⁹

Debe señalarse que la normativa médica brasileña es incompleta en cuanto a la filiación, aunque el Consejo Nacional de Justicia ha indicado que no se requiere autorización judicial previa para inscribir a la criatura, basta que los beneficiarios de la reproducción asistida acudan al Registro Civil competente con los documentos que indica la ley.⁴⁰

C. Problemas persistentes y desafíos en materia de gestación por subrogación en América Latina

La mayoría de capítulos reunidos en esta obra da cuenta de un creciente uso de las prácticas de gestación por subrogación en América Latina, con independencia de la existencia o no de marcos normativos específicos que las regulen. La ausencia de legislación o regulación médica específica en la materia —salvo los casos identificados— genera una serie de consecuencias importantes.

I. Certeza jurídica

Cada autor identificó áreas en las que la ley en su jurisdicción no era clara, o bien era insatisfactoria o impracticable. En especial, los capítulos que conforman la obra están repletos de ejemplos que dan cuenta de la

³⁹ *Ibidem*, pp. 65-67.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 71-73.

incerteza jurídica en que se mueven estas prácticas: desde las reglas para el reconocimiento de la paternidad o maternidad a favor de las personas comitentes; pasando por la opacidad respecto a la validez, invalidez o nulidad de los contratos de gestación por subrogación (remunerados o altruistas) celebrados en cada territorio o fuera de él; hasta los impactos en los derechos e intereses independientes de niñas y niños nacidos de estas técnicas de reproducción. En algunos casos, como indican las autoras y los autores, las respuestas a estas cuestiones han debido ser dadas por los tribunales de justicia. En otras situaciones, resulta necesario recurrir a una interpretación dogmática, en uso de las reglas generales vigentes, en materia civil, de familia, administrativa, internacional e incluso penal. Se trata, sin embargo, de respuestas parciales, insuficientes y que no proveen a todas las partes involucradas de reglas claras y orientadas a la protección real de sus derechos. Este problema parece ser particularmente agudo en jurisdicciones que no cuentan con propuestas de ley específicas en la materia⁴¹ o que, hasta la fecha, han descartado su viabilidad.⁴²

II. Protección de derechos

En aquellas jurisdicciones en las que esta materia no se regula, no existen registros sobre las prácticas o acuerdos de gestación por subrogación. Tampoco se prevén respuestas claras respecto de la ejecución de facto de la gestación por subrogación —nacional o transfronteriza— en especial en lo referido a los derechos de las niñas y los niños que nacen de ellas y a la protección de los intereses de las partes involucradas. Al no existir un marco preciso, las consecuencias derivadas de la subrogación quedan subsumidas en normas generales que no siempre otorgan una respuesta integral a las necesidades derivadas de estos procedimientos. Es el caso, respecto de niñas y niños, del derecho a contar con vínculos legales de filiación precisos o a posibles obligaciones a las que podría

⁴¹ Jiménez Mata, A., "La gestación por subrogación en Costa Rica", p. 177; Molina Morán, J. A., "La gestación por subrogación en Guatemala", pp. 220-221; Moricete, B. y Romero, K., "La gestación por subrogación en República Dominicana", p. 349.

⁴² Lathrop Gómez, F., "La gestación por subrogación en Chile", pp. 87-88.

quedar sometida la persona gestante, con el objeto de velar por la salud o el desarrollo del no nacido, tal y como se regula en determinadas jurisdicciones o se determina en algunos acuerdos de subrogación en la actualidad.⁴³ A su vez, y tratándose de la persona gestante, la ausencia de regulación afecta directamente la posibilidad de exigir el cumplimiento de ciertos deberes de parte de los comitentes frente a eventualidades que puedan ocurrir durante la gestación, el parto o en una etapa posterior sobre su salud o vida, la fijación de un número máximo de procedimientos a los se podría someter o la posibilidad de acceder a una "compensación razonable" cuando exista prohibición de ganancia, entre otros aspectos.

III. Marco regulatorio y reforma legal

Muchos Estados continúan confiando en leyes que se promulgaron hace décadas (o incluso siglos) y no han respondido a las complejidades que surgen con el rápido desarrollo de la tecnología reproductiva. Incluso aquellos con marcos más modernos enfrentan desafíos para garantizar que continúen reflejando las normas actuales, por ejemplo, en relación con las formas familiares, y que puedan abordar los problemas que derivan de la subrogación transfronteriza. Los capítulos reunidos permiten sugerir la idea de que no regular la subrogación, o simplemente prohibirla en los ámbitos nacionales, no permite solucionar las dificultades que surgen de ella. De hecho, ésta parece ser progresivamente la conclusión a la que distintos países de la región —o Estados en el contexto federal— están arribando por medio de una serie de propuestas de ley que buscan regular esta práctica.⁴⁴ Por lo tanto, un hallazgo al que arriban los editores de esta obra es que cierta forma de regulación no sólo es

⁴³ Véase Farnós Amorós, E., "Más allá del reconocimiento: Propuestas para regular la gestación por sustitución", en Carrio Sampredo, A. (ed.), *op. cit.*, pp. 153-157.

⁴⁴ Rodríguez Iturburu, M., "La gestación por subrogación en Argentina", pp. 9-16; Rueda, N., "La gestación por subrogación en Colombia", pp. 129-34; Merlyn, S., "La gestación por subrogación en Ecuador", pp. 188-195; Sosa Pastrana, F., "La gestación por subrogación en México", pp. 272-274; Siverino Bavio, P., "La gestación por subrogación en Perú", pp. 302-306. En el caso de Puerto Rico, se identifica una serie de iniciativas que han intentado —sin éxito— tanto regular en mayor detalle la gestación por subrogación (reglamentación de procesos, contratos y filiación) como incluso prohibirla

deseable, sino necesaria. Sin embargo, encontrar la regulación adecuada requiere un buen acto de equilibrio entre los principios y el pragmatismo. Un debate serio sobre la regulación nos llevará a reconocer las dimensiones nacionales y transfronterizas de esta práctica, las tensiones entre la autonomía individual y la protección contra la explotación, y entre los deseos de los adultos y los derechos de las niñas y los niños. No hay una respuesta fácil a estas preguntas, ni, de hecho, hay una sola respuesta. Con todo, el análisis integrado de aquellas jurisdicciones en América Latina que sí regulan —de manera más o menos integral— la gestación por subrogación, así como los diversos hallazgos respecto a los problemas derivados del silencio del legislador en esta materia, permiten concluir la necesidad de avanzar hacia un marco normativo integral.

Sin ser exhaustiva, una lista de cuestiones fundamentales parece surgir como marco de referencia de una reforma legal en este campo. Ellas podrían incluir, entre otras materias: a) el o los tipos de gestación por subrogación aceptados por la ley, por ejemplo, remunerada, totalmente altruista o de compensación razonable; b) los requisitos que permitan garantizar aquellas características y condiciones aplicables tanto a las personas comitentes como a la persona gestante; c) las condiciones de seguridad y cuidado tanto durante la gestación como después de que tiene lugar, para la persona gestante y la niña o el niño nacido de ésta; d) la certeza en los procesos de reconocimiento de la identidad y filiación de la niña o el niño nacido de un proceso de gestación por subrogación, especialmente cuando se trata de una gestación por subrogación transfronteriza; e) la existencia de procesos claros y formales que permitan verificar el cumplimiento de las exigencias legales en esta materia, tales como la entrega del niño o niña nacida, y f) el registro de los datos que permitan medir y conocer las características y extensión de estas prácticas y poder tomar decisiones en torno a ella.

explícitamente (criminalizándola). Véase Vicente, E., "La gestación por subrogación en Puerto Rico", pp. 324-328.

IV. Nuevas familias y filiación en América Latina

Mientras la infertilidad —en su sentido clásico de condición física que impide la gestación— parece ser una causa frecuente de acceso a este tipo de técnica de reproducción asistida, el reconocimiento jurídico de figuras como la unión civil de parejas del mismo sexo y el matrimonio igualitario en América Latina ha conllevado una ampliación de los modelos de filiación en general y de la reproducción asistida en particular. A lo anterior se suma un interés creciente por modelos familiares que descansan en la paternidad o en la maternidad en solitario y por elección, lo que conllevaría un mayor interés por recurrir a la gestación por subrogación.

Estas nuevas formas familiares en América Latina han forzado la revisión de las reglas sobre filiación, tradicionalmente construidas en las legislaciones de la región sobre la base de un modelo de familia patriarcal, encabezada por una pareja unida por matrimonio, de distinto sexo, con hijos biológicos y genéticos sobre los cuales se ejerce una autoridad paterna. Es decir, un modelo que, tradicionalmente, ha dejado poco margen a la *voluntad procreacional* y mucho protagonismo a la verdad biológica en relación con la paternidad y la maternidad.⁴⁵ Afortunadamente, en varios de los países cuyos ordenamientos son examinados en esta obra la jurisprudencia ha ido encontrando vías de solución inspiradas en principios generales del derecho internacional de los derechos humanos.

⁴⁵ Como ha indicado la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México: "[...] cuando en el ejercicio de un derecho en su dimensión de pareja, existe consentimiento de los cónyuges para someterse a una inseminación artificial heteróloga, lo que se está dirigiendo es la voluntad consensuada de ambos, para ejercer su derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos, ello a pesar de que entre el cónyuge varón y el menor no existan lazos genéticos; a este consentimiento del padre se le conoce como voluntad procreacional, que no es más que el deseo de asumir a un hijo como propio aunque biológicamente no lo sea [...] Esta postura supera la idea de identidad como sinónimo de vínculo biológico o genético y, en cambio, inspira el contenido del derecho a la identidad en sentido amplio, inclusive de aspectos que se vinculan con la identidad en sentido dinámico." SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 2766/2015, 12 de julio de 2017, párrafos 143 & 144.

En suma, es posible concluir que la gestación por subrogación es una figura que debe ser abordada legislativamente para evitar que los derechos de las personas involucradas en este tipo de acuerdos se vean vulnerados. La debida regulación asegura la protección a los derechos fundamentales en juego, previene los riesgos que podrían temerse de su práctica y los posibles fraudes a la ley nacional en la búsqueda de la determinación de la filiación. Al emprender esta tarea, habrá que considerar que la perspectiva de género es trascendental al momento de legislar. Existen reparos serios y fundamentados respecto a la cosificación del cuerpo de las mujeres en general, y a los riesgos de abusos y explotación que —sobre todo tratándose de mujeres en situación de pobreza o vulnerabilidad social— pueden sufrir en el contexto de la subrogación. Sin pretender cerrar este debate, estimamos que esta obra provee de buenas razones para entender la regulación de la gestación por subrogación como una mejor y más efectiva forma de proteger los derechos. La respuesta final a esta cuestión, sin embargo, está en manos de las jurisdicciones de la región.

Bibliografía

- Bainham, A., "Arguments about parentage", *Cambridge Law Journal* 3, 67(2), 22, 2008.
- Brazier, M., "Can you Buy Children?", *Child and Family Law Quarterly* 345, 11(4), 1999.
- Carrio Sampedro, A. (ed.), *Gestación por sustitución. Análisis crítico y propuestas de regulación*, Madrid, Marcial Pons, 2021.
- Cohen, I. G., "Beyond best interests", *Minnesota Law Review*, 96, 1187, 2012.
- Cohen, I. G., "Regulating reproduction: the problem with best interests", *Minnesota Law Review*, 96, 423, 2012.

Epstein, Ra, "Surrogacy: the case for full contractual enforcement", *Virginia Law Review*, 81, 2305, 1995.

Espejo Yaksic, N. (ed.), *La responsabilidad parental en el derecho. Una mirada comparada*, Ciudad de México, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.

Espejo Yaksic, N. e Ibarra Olguín, A. M., *La constitucionalización del derecho de familia: perspectivas comparadas*, Ciudad de México, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019.

Farnós Amorós, E., "Más allá del reconocimiento: Propuestas para regular la gestación por sustitución", en Carrio Sampedro, A. (ed.), *Gestación por sustitución. Análisis crítico y propuestas de regulación*, Madrid, Marcial Pons, pp. 153-157, 2021.

Lamm, L., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, pp. 218-250. Disponible en: http://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/libro_gestacion_por_sustitucion.pdf. (Consultado el 1 de mayo de 2022).

Mclachlan, H. y Swales, K., "Commercial surrogate motherhood and the alleged commodification of children: a defense of legally enforceable contracts", *Law and Contemporary Problems*, 72, 91, 2009.

Mutcherson, K. M. "In defense of future children: a response to Cohen's beyond best interests", *Minnesota Law Review Headnotes*, 96, 46, 2012.

Posner, Ra, "The ethics and economics of enforcing contracts of surrogate motherhood", *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, 5, 21, 1989.

Report on safeguards for the protection of the rights of children born from surrogacy arrangement, 15 July 2019, Symbol No. A/HRC/37/60. Disponible en <https://www.ohchr.org/en/calls-for-input/reports/2019/report-safeguards-protection-rights-children-born-surrogacy>. (Consultado el 25 de abril de 2022).

Scherpe, J. M., "Breaking the existing paradigms of parent-child relationships", en Douglas, G., Murch, M. y Stephens, V. (eds.), *International and national perspectives on child and family law: Essays in honour of Nigel Lowe*, Cambridge, Intersentia, pp. 343-359.

Scherpe, Jens M., Fenton-Glynn, Claire y Kaan, Terry (eds.), *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, Cambridge, Intersentia, 2019.

Sosson, J., Willems, G. y Motte, G (eds.), *Adults and Children in Postmodern Societies*, Cambridge, Intersentia, 2018.

Van Niekerk, A. y Van Zyl, L., "The ethics of surrogacy: women's reproductive labour", *Journal of Medical Ethics*, 21, 345, 1995.

Wilkinson, S., "The exploitation argument against commercial surrogacy", *Bioethics*, 169, 17(2), 2003.

Wilkinson, S., "Exploitation in international paid surrogacy arrangements", *Journal of Applied Philosophy* 125, 33(2), 2016.