



Debates jurídicos y legislativos sobre la gestación subrogada en México

Mtra. Lorena Vázquez Correa

DIRECCIÓN GENERAL DE ANÁLISIS LEGISLATIVO

Las opiniones expresadas en este documento son de exclusiva responsabilidad de las y los autores y no reflejan, necesariamente, los puntos de vista del Instituto Belisario Domínguez o del Senado de la República

Debates jurídicos y legislativos sobre la gestación subrogada en México

Autora:

Lorena Vázquez Correa

Cómo citar este documento:

Vázquez Correa, Lorena (2021). “Debates jurídicos y legislativos sobre la gestación subrogada en México” *Cuaderno de investigación* No. 76, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, Ciudad México, 14p.

Biblioteca digital del Instituto:

<http://bibliodigital.senado.gob.mx>

D.R.©

INSTITUTOBELISARIO DOMÍNGUEZ,
SENADO DE LA REPÚBLICA
Donceles 14, Colonia Centro
Alcaldía Cuauhtémoc
06020, Ciudad de Mexico

Resumen

En este documento se analizan los debates legislativos y jurídicos de la gestación por sustitución en México. El texto se estructura en cinco apartados. El primero aborda los debates sobre la legalización o prohibición, la gestación altruista o remunerada y quién puede acceder a esta práctica. El segundo analiza lo establecido en los tratados y organismos internacionales en esta materia. El tercero describe la legislación de distintos países que han legalizado la gestación por sustitución, así como los costos económicos estimados. En el cuarto se analiza la situación del marco jurídico en México, con especial énfasis en Tabasco y Sinaloa y, finalmente, se analizan las iniciativas legislativas que se han presentado en el Congreso de la Unión para regular el tema.

Contenido

Introducción.....	2
1. Debates legislativos y jurídicos sobre la gestación por sustitución.....	3
1.1 Legislar o prohibir (el debate feminista).....	3
1.2 Gestación altruista o remunerada.....	3
1.3 ¿Quién puede acceder a la práctica?.....	4
2. Tratados internacionales: ¿qué dicen sobre la maternidad subrogada.....	5
3. Experiencias a nivel internacional sobre gestación por sustitución.....	6
4. Situación jurídica sobre la maternidad subrogada en México.....	7
4.1 El caso de Tabasco.....	7
4.2 El caso de Sinaloa.....	7
4.3 Legislación en otras entidades federativas.....	8
5. Discusión legislativa en el nivel federal.....	9
5.1 ¿Qué resolvió la corte en junio del 2021?.....	10
5.2 Iniciativas legislativas en el Congreso General.....	10
Conclusiones.....	11
Referencias.....	12
Anexos.....	14

Debates jurídicos sobre la gestación subrogada en México

Lorena Vázquez Correa¹

Introducción

En junio de 2021 el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) debatió sobre la gestación subrogada, a propósito de la acción de inconstitucionalidad promovida por la entonces Procuraduría General de la República (PGR) en la que demandó la invalidez de la reforma del 13 de enero de 2016 al Código Civil para el Estado de Tabasco por la que se reguló dicha práctica en esa entidad.

La gestación subrogada es un acuerdo en virtud del cual una persona acepta gestar para una persona o pareja que tiene la intención de fungir como padre(s) o madre(s) de la niña o niño nacidos de dicho embarazo (Gire, 2017). Esta práctica también es conocida como gestación para otros, maternidad sustituta, gestación por sustitución, gestación por contrato, sustitución uterina, vientre de alquiler, subrogación de vientre o maternidad subrogada (Macklin, 1994). Se habla de subrogación total cuando se usan los gametos de la madre y el padre de intención y/o de donantes, por lo que no hay carga genética de la persona gestante; mientras que en otros casos es posible que la mujer gestante aporte su material genético, lo que se conoce como subrogación parcial (Olavarría, 2019).

De acuerdo con la SCJN, la práctica de la gestación para otros es una realidad y su adecuada regulación protege los derechos de todas las personas involucradas, en particular de las mujeres gestantes que tienen mayores riesgos de sufrir abusos en contextos donde no se reconoce legalmente esta práctica. Por el contrario, su prohibición o la ausencia de regulación genera clandestinidad y, consecuentemente, mayores riesgos para las personas gestantes y los menores nacidos a través de estas técnicas (SCJN, 1 de junio de 2021). Con base en ello, la SCJN determinó que no corresponde a los congresos locales regular los aspectos técnicos del proceso de fertilización que implica la gestación subrogada, ni tampoco la condición médica de aquellos que pueden acceder a esta práctica, sino que es una competencia del Congreso de la Unión que debe atender de manera urgente y prioritaria (Zaldívar, 2021).²

En este documento se analiza el debate legislativo y jurídico de la gestación por sustitución en México. El texto se estructura en cinco apartados. El primero aborda los principales debates jurídicos, legislativos y feministas sobre la gestación para otros. El segundo analiza lo establecido en los tratados y organismos internacionales en esta materia. El tercero describe la legislación de distintos países que permiten esta práctica, así como los costos económicos estimados, en el cuarto se analiza la situación del marco jurídico en México, con especial énfasis en Tabasco y Sinaloa y, finalmente, se analizan las diferentes iniciativas legislativas que se han presentado en el Congreso de la Unión para regular esta práctica.

¹Investigadora legislativa del Instituto Belisario Domínguez del Senado de la República. Una primera versión de este documento se publicó en el Blog Desde Mujeres, disponible en desdemujeres.mx

²El proyecto de sentencia fue elaborado por la ministra Norma Piña y el coordinador de la ponencia y secretario de estudio y cuenta fue Fernando Sosa.

1. Debates legislativos y jurídicos sobre la gestación por sustitución

En general existen varios temas de debate teóricos y prácticos con implicaciones legislativas sobre la gestación para otros (GIRE, 2017). El primero es la discusión sobre si la gestación subrogada debe ser regulada o prohibida; si la persona gestante puede recibir remuneración económica o debe ser una práctica altruista; quiénes deben tener acceso a estos contratos (padres de intención extranjeros o nacionales, intermediarios, parejas del mismo sexo o heteronormativas, edad, condiciones médicas, etcétera), cómo proteger a las mujeres gestantes y la niñez nacida a través de estos métodos en los casos donde se legaliza, qué obligaciones civiles se adquieren en los acuerdos (filiación, paternidad, etcétera) y qué autoridades son las competentes para resolver sobre esta materia (autoridades de salubridad, autoridades locales o federales) son sólo algunos de los dilemas teóricos, empíricos, políticos y éticos que intervienen y tienen implicaciones en las decisiones legislativas y jurídicas sobre la materia.

1.1 Legalizar o prohibir: el debate feminista

La gestación para otros genera gran polémica y polarización entre quienes consideran que es una práctica deplorable y coercitiva que constituye explotación reproductiva hacia las personas gestantes y, por tanto, debe ser rechazada en todas sus formas (Anderson 2000). Por otro lado, hay quienes piensan que, si bien debe haber protecciones para asegurar el consentimiento libre e informado de las partes para evitar la explotación o el abuso, el tema debe abordarse a partir del derecho de las mujeres a la autodeterminación, a la libertad para decidir sobre su cuerpo y a su objeción de conciencia (Bailey, 2011). La primera postura asociada a los feminismos radicales o abolicionistas busca prohibir la práctica y, en muchos casos penalizarla, mientras que la segunda opta por regularla y es generalmente asociada a feminismos liberales, regulacionistas, no punitivistas ni prohibicionistas (Gire 2017; Olavarría 2019; Jiménez-Canet 2019).

Las posturas feministas radicales o abolicionistas han expresado su preocupación por las condiciones de desigualdad estructural que enfrentan las personas gestantes y que tienen un efecto en su capacidad de decidir participar en ellos, por lo que señalan que no se puede hablar de autonomía y libre autodeterminación en estos contextos. Además, enfatizan que, si bien la prohibición no elimina la práctica, sí contribuye a que no se extienda y el país no se convierta en destino de turismo reproductivo, “de ahí que la mayoría de los países lo prohíban” (sic) (Brujas del Mar, 2021). Por el contrario, las perspectivas regulacionistas argumentan que la experiencia internacional muestra que una adecuada regulación de la gestación subrogada es la vía para proteger los derechos de todas las personas involucradas, especialmente de las personas gestantes; señalan que la prohibición no hará desaparecer la práctica y provocará clandestinidad, lo que tendrá como consecuencia el incremento de la opresión y la vulnerabilidad de las mujeres gestantes y la niñez nacida como resultado de estos acuerdos (GIRE, 2017).

1.2 Gestación altruista o remunerada

El hecho de que haya una remuneración económica hacia las personas que gestan para otros ha causado gran controversia en las discusiones jurídicas, legislativas y feministas. Por un lado, se critica la brecha social y económica entre los padres intencionales y las gestantes, así como el bajo costo de compensación económica para las últimas y, a partir de ello, ponen en duda su consentimiento y argumentan que la práctica constituye una forma de explotación reproductiva (Brujas del Mar, 2021). Por el contrario, quienes defienden que la práctica

sea remunerada para la persona gestante afirman que respetar la capacidad de autodeterminación de las mujeres implica necesariamente compensar el servicio que proveen, reconocer la práctica como un trabajo digno y asegurar el consentimiento informado de las mujeres gestantes para prevenir cualquier tipo de explotación (Gire, 2017).

La experiencia internacional sobre la remuneración económica en los acuerdos de gestación por sustitución es diversa. Hay países que prohíben, mientras otros limitan o permiten diferentes vías de remuneración para las personas gestantes. Sin embargo, en todos los casos los padres intencionales se hacen cargo al menos de los gastos relacionados con el embarazo como gastos médicos, transporte, seguro de vida, pensiones de alimentos, entre otros.

Tabla 1
Legislación sobre remuneración de las personas gestantes

País	Compensación económica (salario)	Altruista*
Estados Unidos (en California)	✓	
Reino Unido		✓
Australia		✓
Canadá		✓
Rusia	✓	
Ucrania	✓	

*Altruista con reembolsos por gastos del embarazo, tiempo, molestias y otras consideraciones. En todos los casos los padres de intención pagan los gastos asociados al embarazo y sus cuidados.

Fuente: elaboración propia con base en Gire (2017).

1.3 ¿Quién puede acceder a la práctica?

La pregunta sobre quién puede participar en estos contratos ha derivado en el establecimiento de requisitos polémicos o hasta discriminatorios. Por ejemplo, una restricción común en la normativa internacional consiste en establecer que los padres intencionales sólo pueden ser parejas casadas o en concubinato, conformadas por un hombre y una mujer. Sin embargo, esta medida esconde prejuicios contrarios a los derechos humanos (Gire 2017).

En México la tesis jurisprudencial 8/2017 y el artículo 1º constitucional reconocen los diferentes tipos de familias sin discriminación, sean parejas del mismo sexo, de sexo diferente o solteras. En 2017 la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que "la vida familiar entre personas del mismo sexo no se limita únicamente a la vida en pareja, sino que puede extenderse a la procreación y a la crianza de niños y niñas según la decisión de los padres". Así, la SCJN reconoció que existen parejas del mismo sexo que hacen vida familiar con niños y niñas procreados o adoptados por alguno de ellos, o parejas que utilizan los medios derivados de los avances científicos para procrear, incluyendo aquellas familias que se forman a través de técnicas de reproducción asistida (tesis jurisprudencial 8/2017).

Otro elemento a discusión es si pueden acceder a estos acuerdos personas extranjeras en el rol de padres de intención, o solamente nacionales o residentes del país donde se lleva a cabo la práctica. Quienes niegan el acceso a personas extranjeras argumentan que de esta manera se evita que el lugar se convierta en un destino internacional para realizar esta práctica (turismo reproductivo). Por el contrario, quienes se oponen a esta restricción señalan que el efecto de esta restricción es la estigmatización, persecución de personas extranjeras y la falta de documentos de identidad para sus hijos (GIRE, 2017).

Otros elementos a discusión son si se permite el acceso a clínicas o intermediarios en la celebración de los acuerdos o si deben ser tratos directos entre la gestante y los padres de intención; si pueden acceder a este servicio personas solteras como padres de intención, si hay criterios de edad máxima para los padres o mínima para las personas gestantes o si se requiere comprobar alguna situación médica. Todas estas acotaciones o limitaciones tienen como objetivo proteger a las mujeres gestantes y la niñez nacida a través de estos métodos y hacer explícitas las obligaciones civiles que adquieren toda las partes en estos acuerdos, tales como la filiación de la persona gestante, las obligaciones de los padres de intención hacia la persona gestante y la niñez, así como definir qué autoridades son las competentes para resolver sobre esta materia, si son las de salubridad, legislativas, judiciales, en el nivel federal o en el nivel.

2. Tratados internacionales: ¿qué dicen sobre la maternidad subrogada?

Algunas instancias internacionales de derechos humanos que se han pronunciado sobre la maternidad subrogada en México son la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés), el Comité de los Derechos del Niño y la Relatoría especial sobre la venta y explotación sexual de niños.

En particular, el Comité sobre los Derechos del Niño ha recomendado a México vigilar que Tabasco revise su legislación en materia de gestación por sustitución e introduzca garantías a fin de impedir que se use para la venta de niños. En el mismo sentido, la relatora especial sobre la venta y explotación sexual de niños ha puntualizado diversos principios y salvaguardas aplicables a la subrogación de carácter comercial y altruista entre los que se encuentra el señalamiento de que la gestación por sustitución de carácter comercial puede llevarse a cabo sin que constituya venta de niños, si queda claro que sólo se paga a la gestante por sus servicios de subrogación y no por el traslado del niño (SCJN, 2021: 24), el establecimiento de regulaciones y limitaciones estrictas en relación con las transacciones financieras, la regulación de los derechos de identidad y de acceso a los orígenes personales, así como las protecciones frente a la explotación, la exigencia de que en todos los casos de gestación por sustitución se garanticen los derechos de identidad y accesos a la información sobre los orígenes genéticos y sobre la mujer subrogante, entre otros (SCJN, 2021).

Por su parte, el Comité CEDAW se ha pronunciado en el sentido de que la regulación de la materia no debe llevar a la criminalización de las mujeres subrogantes y debe tomar en cuenta las relaciones desiguales de poder entre las partes, especialmente, la débil posición de las gestantes a fin de evitar que sean víctimas de explotación, coerción, discriminación o violencia. Al respecto, la relatora especial sobre la venta y explotación sexual de niños ha indicado la necesidad de garantizar el consentimiento voluntario e informado de las madres subrogantes, la preaprobación de los contratos de gestación antes del embarazo, los exámenes de idoneidad de los aspirantes y las determinaciones individualizadas del interés superior del niño con posterioridad al parto.

Cabe señalar que en las sesiones públicas de la Sala Superior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se determinó que la sentencia definitiva ampliaría la fundamentación relativa a los tratados internacionales que se han pronunciado en esta materia, la cual permanece pendiente de publicación.³

3. Experiencias a nivel internacional sobre gestación por sustitución

Algunos países que ya cuentan con legislación en materia de gestación subrogada son Canadá, Estados Unidos, Reino Unido, Ucrania y Rusia. En este apartado se abordan algunas características de sus legislaciones. En Canadá es permitida la gestación subrogada para personas de cualquier nacionalidad y para todos los modelos de familia (parejas heterosexuales, homosexuales o personas solteras de cualquier sexo). Asimismo, la legislación establece algunos criterios generales para llevar a cabo este método, entre los que destacan: la gestante debe ser mayor de 21 años; debe ser un acto altruista (la gestante no puede recibir compensación económica); los gastos del embarazo como medicaciones, revisiones médicas, ropa, transporte, etcétera deberán ser cubiertos por los padres de intención, deben estar justificados y nunca superar 22,000 dólares (360 mil pesos mexicanos aproximadamente). Además, está prohibido que cualquier persona o agencia actúe como intermediaria en el proceso de subrogación (Ruiz, 2017).

En Reino Unido este método es legal para parejas homosexuales y heterosexuales, pero no para personas solteras. El acuerdo debe ser altruista aunque los padres de intención deben pagar los gastos del embarazo y tras el nacimiento deben solicitar la filiación en un plazo menor a seis meses o, en caso contrario, el o la niña pasará a ser hijo(a) legal de la gestante y de su pareja en caso de tenerla. Algunas estimaciones consideran que el costo total del proceso en este país puede ascender a unas 50 mil libras (1 millón 300 mil pesos aproximadamente) (Ruiz, 2017).

En Estados Unidos la maternidad subrogada se regula en las leyes específicas en cada estado. En 13 Estados es una práctica legal y regulada, mientras que en 15 son denominados "subrogacy-friendly" (amigables a la gestación para otros) porque los tribunales deciden para cada caso con una tendencia favorable, aunque no existe una ley general en la materia. En el primer grupo se encuentran estados como California, Utah o Washington. En el segundo Idaho, Connecticut o Rhode Island (Ruiz, 2017). California es un destino muy solicitado porque la Suprema Corte determinó que la filiación se otorga a los padres de intención y no a la gestante. El costo es notablemente superior al resto de los países y se estima entre 2 millones 400 mil hasta 3 millones 600 mil pesos mexicanos (Ruiz, 2017).

En Ucrania y Rusia está permitido la gestación exclusivamente a parejas heterosexuales casadas y la madre de intención debe demostrar imposibilidad médica para embarazarse. El costo en ambos países asciende entre 850 mil y un millón 300 mil pesos. En Rusia la persona gestante podría quedarse con el bebe si lo desea, mientras que en Ucrania la filiación legal corresponde a los padres de intención (Ruiz, 2017). En suma, la experiencia internacional muestra que los costos económicos de la gestación subrogada son muy altos, especialmente en los países desarrollados.

³ Corte al 22 de junio de 2021.

4. Situación jurídica sobre la maternidad subrogada en México

4.1 *El caso de Tabasco*

En Tabasco la gestación para otros es una práctica recurrente. En 1997 el Código Civil para el Estado de Tabasco reconocía esta técnica llevada a cabo bajo la figura del contrato, se permitía para personas extranjeras y autorizaba el registro civil de niños nacidos a partir de estos acuerdos, siempre y cuando presentaran el certificado de nacimiento y el contrato notariado.

A partir de 2012 el número de personas extranjeras que viajaban a la entidad para realizar contratos aumentó significativamente derivado de reformas restrictivas en India y Tanzania (dos de los mayores destinos de gestación para otros hasta ese momento) a personas extranjeras y parejas del mismo sexo, lo que contribuyó a que Tabasco se convirtiera –aunque en menor medida– en un destino nacional e internacional de gestación para otros (turismo reproductivo) y, a partir de ello, se hicieron visibles los problemas con su normativa (GIRE, s.f.). Esta situación motivó que el Comité de los Derechos del Niño recomendara a México que la entidad revisara su legislación sobre gestación para otros e introdujera las medidas necesarias para evitar su uso como un medio para la venta de niñas y niños. El marco jurídico de la entidad tampoco protegía a las mujeres gestantes en los ámbitos físico y emocional.

Por ello, en 2016 el Congreso de Tabasco aprobó una reforma para adicionar un apartado denominado “De la gestación asistida y subrogada”, en el cual permitieron la maternidad subrogada únicamente para personas mexicanas que enfrenten un problema de imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero mediante certificado médico, eliminaron la participación de agencias o intermediarios y facultaron a la Secretaría de Salud de la entidad federativa para autorizar clínicas que llevaran a cabo registros y seguimientos de estas prácticas.

Después de las reformas al Código Civil publicadas en 2016 la Dirección del Registro Civil de Tabasco negó la expedición del acta de nacimiento a once bebés nacidos mediante maternidad subrogada y los padres de origen extranjero se vieron en la necesidad de promover juicios de amparo para obtener la suspensión provisional. Además han sido amenazados por parte de funcionarios públicos y, en ocasiones, han enfrentado acusaciones penales por tráfico de menores. En 2016 la Procuraduría General de la República promovió una acción de inconstitucionalidad con el propósito de que se declararan inválidas las reformas de gestación para otros aprobadas ese año (expediente 16/2016).

En 2017 la Corte asumió competencia para analizar si la legislación de Tabasco limita el acceso a ese método de reproducción a las parejas del mismo sexo y a las personas solteras, si se otorga la suficiente seguridad jurídica a las partes intervinientes y si al excluir a los despachos, agencias o terceras personas para la celebración del contrato se violan los derechos fundamentales a la libertad de trabajo, igualdad y no discriminación, si una madre gestante puede o no reclamar la maternidad del menor producto del embarazo y bajo qué condiciones (expedientes 49/2017, 173/2017 y 174/2017).

4.2 *El caso de Sinaloa*

No sólo Tabasco permite los contratos de gestación para otros. Desde 2013 en **Sinaloa** el Código familiar consente los vientres de alquiler sólo cuando los padres de intención sean mexicanos, la mujer contratante tenga contraindicaciones médicas que le impidan llevar a cabo la gestación en su útero, la persona gestante sea madre de un hijo (a) consanguíneo sano, dé consentimiento voluntario para prestar su vientre y acredite que no ha participado más de dos ocasiones consecutivas en este procedimiento.

Las restricciones para acceder a los acuerdos en Sinaloa y el hecho de que el sector salud estatal no tiene registros públicos de cuántos vientres se han alquilado constituyen dos limitaciones que –tentativamente– podrían estar funcionando como obstáculos para que el estado se convierta en un destino de gestación subrogada con la visibilidad política, jurídica y mediática de Tabasco. Sin embargo, eso no excluye la posibilidad de que la práctica sea más recurrente de lo que se documenta.

4.3 Legislación en otras entidades federativas

Por su parte, **Querétaro** y **San Luis Potosí** desconocen explícitamente cualquier acuerdo de gestación para otros; es decir, establecen que la maternidad siempre corresponde a la mujer gestante y no se reconocerá ni se podrá hacer válido ningún acuerdo que diga lo contrario.

El Código Civil para la **Ciudad de México** reconoce en el artículo 162 el derecho que tienen los cónyuges a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como a emplear cualquier método de reproducción asistida para lograr su propia descendencia. Al permitir "cualquier método de reproducción asistida", deja abierta la posibilidad para que los cónyuges y concubinos puedan tener descendencia a través de la maternidad subrogada.

En **Coahuila** hay una antinomia entre el artículo 491 del Código Civil que decreta la inexistencia del contrato de maternidad subrogada y el artículo 482 del mismo ordenamiento que al permitir el uso de "toda técnica que favorezca la procreación fuera del proceso natural" hace procedente recurrir a la gestación subrogada.

En **Sonora** el artículo 207 del Código de Familia dispone que cuando el embarazo se obtenga por medio de técnicas de reproducción asistida y se use material genético de personas distintas de uno o ambos cónyuges o concubinos, estos últimos serán considerados como padres biológicos del hijo que nazca de esa concepción, siempre y cuando hayan otorgado su consentimiento para la utilización de estos métodos.

En **Colima** el artículo 410-B del Código Civil permite la adopción plena del producto de un embarazo logrado como consecuencia del empleo de inseminación artificial o fertilización *in vitro* con la participación de una madre sustituta que haya convenido darlo en adopción a los presuntos padres.

Baja California Sur y **Morelos** reconocen como causas de divorcio la inseminación artificial o las técnicas de reproducción asistida en las mujeres cuando se realizan sin el consentimiento de alguno de los cónyuges (Código Civil de Morelos, art. 199 y Código Familiar art. 175; Código Civil de Baja California, art. 298).

En **Estado de México, Zacatecas** y **Michoacán** se reconoce el derecho de los cónyuges a utilizar cualquier método de procreación asistida para lograr su propia descendencia. Si se considera que la gestación para otros es una técnica de reproducción asistida entonces la expresión "cualquier método de reproducción asistida" hace que se considere legal la práctica de la gestación sustituta. En el Estado de México la reproducción asistida a través de métodos de inseminación artificial sólo podrá efectuarse con el consentimiento de la mujer gestante y si es casada requiere del consentimiento de su cónyuge. En Zacatecas y Michoacán se reconoce que el hijo producto de la reproducción asistida y los padres de intención adquieren una relación de parentesco por consanguinidad.

Discusión legislativa en el nivel federal

5.1 ¿Qué resolvió la corte en junio del 2021?

El 1° de junio de 2021 la mayoría de las y los ministros de la SCJN consideró inválido el primer párrafo del artículo 380 Bis del Código Civil de Tabasco que incluye definiciones legales sobre reproducción humana asistida, gametos y embriones y enfatizaron que únicamente el Congreso de la Unión puede legislar sobre los aspectos de salubridad de la reproducción asistida. En este sentido se especificó que lo que corresponde a la legislación local es definir las consecuencias civiles del contrato.

También se reconoció que el interés superior de la niñez juega un papel primordial en la gestación por sustitución, principio que exige que las decisiones que se adopten en torno a los derechos de las niñas y los niños busquen siempre su mayor beneficio, lo que no puede determinarse de manera abstracta, sino en función de las circunstancias que concurren en cada situación. En este tenor, se declaró la invalidez de la norma impugnada, ya que establecía una prelación respecto a las personas que pudieran asumir la custodia, lo que imposibilita al juzgador a determinar, en el caso concreto, qué es mejor para su desarrollo armónico e integral de la niñez nacida por estas técnicas.

Además, el Pleno reconoció que la determinación de participar en un contrato de gestación subrogada corresponde a la mujer gestante. Por ello, se declaró la invalidez de las porciones normativas que permitían la participación de las mujeres solamente con el conocimiento o firma o firma de su cónyuge o concubino. Al respecto se argumentó que dichas normas perpetuaban el estereotipo de que las mujeres no pueden ejercer su capacidad reproductiva de manera autónoma, provocando un efecto estigmatizante al exigir una “autorización” de su pareja.

En relación con la disposición en la que se hacía referencia a la necesidad de que el “padre y madre” contratantes firmaran el contrato, el Pleno determinó que dicha porción era discriminatoria porque excluía a las parejas del mismo sexo y a cualquier persona soltera, sea hombre o mujer, de la posibilidad de celebrar un contrato de gestación. Además, la Suprema Corte reconoció la validez del artículo 380 bis 5 del código civil local de Tabasco al resultar infundado que exista una obligación de las legislaturas locales de prever la gratuidad del contrato de gestación. Finalmente, la SCJN reconoció la necesidad de que se regule la práctica de la gestación subrogada y exhortó a las autoridades competentes a atender el asunto de forma urgente y prioritaria.

Aunado a lo anterior, la SCJN resolvió el amparo en revisión 129/2019 solicitado por una clínica enfocada en prestar servicios relacionados con las técnicas de reproducción asistida ubicada en Tabasco. Al respecto la Sala Superior resolvió que el artículo de la normativa de Tabasco en el que se dispone que resultará nulo el contrato de gestación en el que intervengan agencias, despachos o terceras personas es violatorio de la libertad de comercio, prevista en el artículo 5o. de la Constitución, por lo que fue invalidado. Además, el Pleno determinó que es inconstitucional el requisito de que los contratantes de gestación sean ciudadanos mexicanos, al considerar que esta disposición resulta violatoria de los principios de igualdad y no discriminación, así como del derecho a la libertad de comercio, previstos en los artículos 1° y 5° de la Constitución.

También ratificó la validez de la intervención de un notario público para la celebración del contrato de gestación al considerar que no resulta excesivo o irracional, ni constituye un obstáculo para el acceso a la justicia. Finalmente, se consideró que el artículo único transitorio del decreto no viola el principio de irretroactividad de la ley, pues del contenido de dicho precepto no se desprende que lo previsto en el decreto deba ser aplicado a los contratos suscritos con anterioridad a su entrada en vigor, lo que otorga certeza jurídica a las personas que participaron en estas prácticas antes de la reforma local de 2016. Así, se concedió el amparo a la persona quejosa a efecto de que no le sean aplicables las normas que fueron consideradas inconstitucionales.

5.2 Iniciativas legislativas en el Congreso General

En el nivel federal persiste la ausencia del reconocimiento y regulación de la gestación para otros. En 2016 el Senado de la República aprobó un Proyecto de Decreto por el que se adicionan varios artículos a la Ley General de Salud para regular la gestación para otros. La disertación legislativa comenzó por una iniciativa para prohibirla y así evitar la explotación de mujeres en condiciones de pobreza y vulnerabilidad. Sin embargo, el Pleno del Senado decidió reconocer que la práctica existe y estableció tres restricciones: sólo procedería bajo indicación médica, sin fines de lucro y entre personas de nacionalidad mexicana. Además, el proyecto contemplaba penas de seis a 17 años de prisión a cualquier persona que realizara o participara en un procedimiento de gestación subrogada con algún tipo de contraprestación.

Quienes apoyaron esta propuesta argumentaron que la reforma evitaría la clandestinidad de una práctica que ya existe y evitaría que la vida de las personas gestantes se pusiera en riesgo. Quienes se opusieron argumentaron que el requisito de gratuidad excluía el reconocimiento y protección legal del trabajo de las personas gestantes. Otras posturas, en cambio, señalaron que su regulación derivaría en escenarios de turismo y explotación reproductiva en detrimento de las mujeres gestantes. Finalmente el tema quedó “congelado” en la Cámara de Diputados, por lo que la ausencia de una regulación federal sobre reproducción asistida persiste.

Actualmente hay al menos siete iniciativas legislativas sobre gestación para otros pendientes de dictaminación en comisiones ordinarias de la Cámara de Diputados y el Senado de la República (Anexo 1, corte al 2 de junio de 2021). Algunas propuestas planteadas son las siguientes:

- Reformar la Ley Federal del Trabajo para que la prerrogativa de *licencia especial durante el tiempo que la prescripción médica* se autorice también por sometimiento a procedimientos o técnicas de reproducción asistidas.
- Reformar el artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y expedir la Ley General de Técnicas de Reproducción Asistida.
- Reformar la Ley General de Salud para regular los procedimientos de reproducción humana asistida y gestación subrogada. Entre lo propuesto destaca la creación del Registro Nacional de Reproducción Asistida y no incluye requisitos de nacionalidad o estado civil.
- Regular la reproducción humana a través de la Ley General de Salud. Entre lo propuesto destaca la indicación para que la COFEPRIS controle y vigile los actos de disposición de gametos relativos a la reproducción asistida.
- Reformar la Ley General de Salud, el Código Penal Federal y el Código Civil Federal para establecer lineamientos para que las mujeres gestantes conozcan las técnicas de reproducción asistida y reciban información sobre sus derechos y obligaciones.
- Reformar la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia para señalar que la violencia obstétrica puede manifestarse a través de la extracción de óvulos sin anestesia durante el procedimiento de reproducción asistida.

Conclusiones

De acuerdo con la SCJN es necesario diseñar una política nacional en materia de salubridad (no en los códigos civiles o familiares) aplicable a todo el territorio para la gestación para otros, y que esta resulte acorde a los derechos de las personas involucradas. Actualmente ninguna legislación vigente garantiza la protección plena de las mujeres gestantes, quienes son vulnerables a expresiones de violencia obstétrica, falta de claridad e información completa del contrato para efectos de probar la relación laboral y las obligaciones de las partes, riesgos a la vida y la salud, falta de atención médica de calidad, persecución y criminalización. Las y los niños de padres intencionales no mexicanos también son vulnerables jurídicamente, ya que tienen dificultades para obtener documentos de identidad como los pasaportes y las actas de nacimiento, que son necesarios para viajar, probar la filiación y acceder a servicios básicos como la atención en salud.

Si bien las mujeres gestantes y las niñas y niños nacidos de estos acuerdos son las partes más vulnerables de la práctica, la regulación deficiente en Tabasco y, principalmente, la aplicación retroactiva de la ley de 2016 afectó también a los padres intencionales, al excluir de esta práctica a parejas del mismo sexo, a las personas que rebasan el límite de edad establecido, personas solteras y personas extranjeras. Por otro lado, la ausencia normativa en las leyes federales permite que cada institución pública o privada que ofrece servicios de reproducción asistida establezca sus propios precios y requisitos de acceso. Esto abre la puerta a la introducción de criterios discriminatorios y arbitrarios (Gire, 2017). En este escenario, la resolución de junio de 2021 de la SCJN sobre el Código Civil de Tabasco fue clave para invalidar las normas discriminatorias que permean en los procedimientos de reproducción asistida y, en particular, de la gestación para otros.

A partir de la resolución de la SCJN las autoridades legislativas locales y federales deberán emitir una regulación sobre la gestación para otros. De acuerdo con el Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE), la nueva normatividad debe considerar los siguientes elementos en materia de derechos humanos (Ayala y Ramos, 2021): no criminalizar a las partes de acuerdos consentidos; no discriminar el acceso a la práctica por criterios arbitrarios como nacionalidad, edad, orientación sexual y estado civil; garantizar servicios de salud de calidad y confidenciales, así como representación jurídica independiente para cada una de las partes involucradas; establecer que los padres intencionales se hagan cargo de todos los gastos médicos y otros relacionados con el embarazo, parto y posparto, con independencia de si se logra o no el nacimiento; asegurar que un notario(a) o juez competente participe en la revisión de los términos del contrato y, lo más importante, garantizar el consentimiento informado de las partes.

Referencias

- Anderson, E. (2000). “Why Commercial Surrogate Motherhood Unethically Commodifies Women and Children: Reply to McLachlan and Swales” en *Health Care Analysis*, 8 (1), pp. 19–26.
- Ayala, Melissa y Ramos, Rebeca. (2021). El debate de gestación subrogada en la Suprema Corte. Blog de la Revista Nexos, México, 21 de junio de 2021. Disponible en <https://bit.ly/35JuM8K>
- Bailey, A. (2011). “Reconceiving Surrogacy: Toward a Reproductive Justice Account of Indian Surrogacy” en *Hypatia*, 26 (4), pp. 715–741.
- Brujas del Mar. (2021). Vientres de alquiler y la SCJ (sic). Colectiva feminista abolicionista de Veracruz, México. Disponible en IG @brujasdelmarver, 17 de junio de 2021.
- Cantoral Domínguez, Karla. (2019). Gestación subrogada en México: su proyección en las relaciones privadas internacionales. *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, núm. Esp.25, 163-177. Disponible en <https://bit.ly/35RIuGo>
- Decreto 233. (2016). Periódico Oficial Órgano de Difusión Oficial del Gobierno Constitucional del Estado Libre y Soberano de Tabasco, 13 de enero de 2016, Suplemento 7654, Villahermosa, Tabasco.
- GIRE. (2017). Gestación Subrogada en México. Resultados de una mala regulación. Disponible en <https://bit.ly/3vP6pSv>
- Jiménez-Canet, Mariana. (2019). ¿Vientres o vasijas? El debate feminista de la maternidad subrogada. Ecos. Blog de División de Historia del CIDE. Disponible en <https://bit.ly/3icSQrQ>
- Macklin, Ruth. (1994). *Surrogates and other mothers: the debates over assisted reproduction*. Philadelphia: Temple University Press.
- Martínez-Martínez, Verónica Lidia. (2015). Maternidad Subrogada: una Mirada a su Regulación en México. *Dikaion*, 24(2), 353-382.
- Olavarría, María E. (2019). Personas que gestan para otros: etnografía del trabajo reproductivo en México. *Revista de Antropología Iberoamericana*, 14 (3), pp. 418-440.
- Olavarría, María Eugenia. (2018). *La gestación para otros en México: Parentesco, tecnología y poder*. Nueva edición [en línea]. México: Centro de estudios mexicanos y centroamericanos, disponible en <http://books.openedition.org/cemca/4610>

Rostagnol Susana. (2017). El ser y la mercancía. Prostitución, vientres de alquiler y disociación. Papeles del CEIC. International Journal on Collective Identity Research, núm. 2, p. 53. Disponible en <https://bit.ly/2SRR4lZ>

Ruiz-Jiménez Iván. (2017). Así son las legislaciones sobre la maternidad subrogada en otros países del mundo. En El Mundo. Disponible en <https://bit.ly/2SSHbEE>

SCJN. (2021). Pleno. Versiones taquigráficas. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1 de junio de 2021. Disponible en <https://bit.ly/3vPKEkI>

SCJN. (2021). Pleno. Versiones taquigráficas. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 3 de junio de 2021. Disponible en <https://bit.ly/3xJhYev>

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2021). Ciclo de Conferencias sobre Gestación por Subrogación, 17 de junio de 2021. Disponible en <https://bit.ly/3wVHmgU>

Anexos

Anexo 1. Iniciativas en materia de gestación por subrogación

1	Que adiciona la fracción II Ter al artículo 170 de la Ley Federal del Trabajo.	Cámara de Senadores 26/04/2016	Sen. María de los Ángeles Verónica González Rodríguez	PRD LXIII	Pendiente en comisión(es) de cámara de origen el 26-abr-2016
2	Que adiciona un artículo 318 Bis a la Ley General de Salud.	Cámara de Diputados 10/02/2021	Dip. Reyna Celeste Ascencio Ortega	Morena LXIV	Pendiente en comisión(es) de cámara de origen el 10-feb-2021
3	Que deroga, adiciona y reforma diversos artículos de la Ley General de Salud, en materia de reproducción humana asistida.	Cámara de Senadores 30/04/2013	Sen. Angélica De la Peña Gómez	PRD LXII	Pendiente en comisión(es) de cámara revisora el 06-sep-2016
4	Que reforma diversas disposiciones de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.	Comisión Permanente 27/05/2020	Dip. Martha Angélica Tagle Martínez	MC LXIV	Pendiente en comisión(es) de cámara de origen el 27-may-2020
5	Que reforma y adiciona diversas disposiciones a la Ley General de Salud, al Código Penal Federal y al Código Civil Federal.	Cámara de Senadores 19/03/2020	Sen. Cora Cecilia Pinedo Alonso	PT LXIV	Pendiente en comisión(es) de cámara de origen el 19-mar-2020
6	Que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Ley General de Salud.	Cámara de Senadores 27/10/2015	Sen. María Cristina Díaz Salazar	PRI LXIII	Pendiente en comisión(es) de cámara revisora el 06-sep-2016
7	Que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Ley General de Salud.	Cámara de Senadores 20/11/2018	Sen. Olga María del Carmen Sánchez Cordero Dávila	Morena LXIV	Pendiente en comisión(es) de cámara de origen el 20-nov-2018

Fuente: elaboración propia con datos del Sistema de Información Legislativa (SEGOB).

Este análisis se encuentra disponible en la página de internet
del Instituto Belisario Domínguez:
<http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/handle/123456789/1870>

Para informes sobre el presente documento, por favor comunicarse
a la Dirección General de Análisis Legislativo, al teléfono (55) 5722-4800 extensión 4831

INSTITUTO BELISARIO DOMÍNGUEZ, SENADO DE LA REPÚBLICA

Donceles 14, Colonia Centro Histórico, Alcaldía Cuauhtémoc, 06020 México, Ciudad de México
Distribución gratuita. Impreso en México.



Instituto
Belisario Domínguez
Senado de la República

El Instituto Belisario Domínguez es un órgano especializado encargado de realizar investigaciones estratégicas sobre el desarrollo nacional, estudios derivados de la agenda legislativa y análisis de la coyuntura en campos correspondientes a los ámbitos de competencia del Senado con el fin de contribuir a la deliberación y la toma de decisiones legislativas, así como de apoyar el ejercicio de sus facultades de supervisión y control, de definición del proyecto nacional y de promoción de la cultura cívica y ciudadana.

El desarrollo de las funciones y actividades del Instituto se sujeta a los principios rectores de relevancia, objetividad, imparcialidad, oportunidad y eficiencia.