

ACUERDO DE GESTACIÓN. UN ANÁLISIS DESDE DE LA EXPERIENCIA MEXICANA

GESTATION AGREEMENT. AN ANALYSIS FROM THE MEXICAN EXPERIENCE

Anibal Guzmán-Avalos
Universidad Veracruzana
ORCID: 0000-0002-7791-106X
anibalguzman@uv.mx
México

DOI: 10.24265/VOX JURIS.2023.v41n1.05

Recibido: 17 de diciembre de 2020

Aceptado: 21 de abril de 2022

SUMARIO

- Introducción.
- Relaciones familiares y autonomía de la voluntad.
- Naturaleza jurídica.
- Convenio.
- Elementos de existencia y requisitos de validez.
- Ineficacia y responsabilidad.
- A manera de conclusión.
- Referencias.

RESUMEN

En este trabajo se hace un análisis de los acuerdos de gestación, según los cuales una mujer ubicada como gestante se obliga con otra u otras personas a llevar el proceso fisiológico de la gestación de un hijo(a) para posibilitar su maternidad y/o paternidad, la cual, por diversas razones, no pueden lograr por sí mismos, por lo que se comprometen a realizar todo lo necesario para lograr la reproducción. Este hecho engendra una serie de efectos jurídicos que se trata de identificar y ubicar dentro del campo del derecho patrimonial, independientemente de que se trate del ejercicio de un derecho dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad en materia de relaciones familiares. Es decir, la decisión de convenir la procreación

de un hijo(a) entra en la esfera de un derecho de índole familiar constitucionalmente reconocido, pero externado bajo la óptica del derecho patrimonial en un convenio *lato sensu*. En tal virtud, se analizan los elementos del convenio necesarios para que este tenga existencia y validez, señalando en todo caso su ineficacia y responsabilidad jurídica, en el ámbito del derecho en México.

PALABRAS CLAVES

Filiación, maternidad, sustitución; acuerdo.

ABSTRACT

In this work, an analysis is made based on the agreements on gestation on which a woman who is sorted as pregnant is forced with another or other people to follow a physiological procedure in a child's gestation to enable her maternity and/or paternity, which from a variety of reasons cannot be achieved themselves, by which they are compromised to do everything that is needed to achieve reproduction. This fact engenders a series of legal effects that are being tried to be identified and set in the property right's field. Independently either it is about enforcing a right in the autonomy willing ambit in the matter of family relationships. Therefore, the decision to agree on procreation of a child is in the sphere of a family right wise context, constitutionally recognized but outsourced under the vision of the patrimonial law in a *lato sensu* agreement. Therefore, the elements of the agreement are analyzed so that

it has existence and validity, pointing out in any case, its ineffectiveness and legal responsibility in the law matters in Mexico.

KEYWORDS

Filiation, maternity, substitution, agreement.

INTRODUCCIÓN

Hace algún tiempo se viene generando la práctica en la que una mujer se obliga con otra u otras personas a gestar un hijo –con el auxilio de una técnica de procreación médicamente asistida–, mismo que, después del parto, les será entregado a los que se harán cargo del niño. A la primera de esas personas le denominaremos gestante y a los segundos, padres y/o madres legales.

De esta manera se han formado familias de diversa índole, integradas por parejas heterosexuales o del mismo sexo, así como de hombres y de mujeres en solitario. No obstante, esta práctica no siempre ha sido pacífica, ya que en algunas ocasiones deriva en controversias judiciales, las cuales a veces llegan a ser sumamente dramáticas (Guzmán, 2007).

Este es un hecho jurídico que se ha tratado de encuadrar en alguna institución jurídica clásica, siempre dentro del derecho patrimonial, específicamente en un contrato o transmisión de las obligaciones como la subrogación, concepto más generalizado actualmente; sin embargo, como se expone en este trabajo, este acto tiene una connotación distinta, ya que entraña efectos diversos con obligaciones *ex lege* más allá del consenso, como la renuncia a los derechos que derivan de la gestación y del parto.

En varios lugares del mundo esto se ha regulado siguiendo tres vertientes: la gran mayoría de los países simplemente ha guardado silencio; otros la han prohibido (España, Alemania, Italia, Francia y siete estados de la Unión Americana); en cambio, algunos países han optado por regularla como 17 estados de que la permiten y en 7 más estados la aceptan a través de decisiones jurisprudenciales; En Rusia y en Ucrania, sólo altruistamente se considera, así como en Tailandia, Canadá, Grecia, Sudáfrica, Reino Unido, Brasil y Australia. En México, las únicas entidades federativas que la contemplan son Tabasco y Sinaloa; sin embargo, existe una

propuesta de ley de carácter federal que, en un momento determinado, obligaría a que todo México la considerara en su legislación. Para la Ciudad de México hay una ley aprobada, sin que haya entrado en vigor; no obstante, recientemente hay una nueva iniciativa. Sin embargo, ciertamente constituye un hecho nuevo cuyas consecuencias respecto del derecho hay que meditar.

En este trabajo sólo nos referiremos, en el ámbito espacial de México, específicamente a las entidades federativas donde esta práctica se permite expresamente: Tabasco, que tiene una regulación al respecto desde 1997, pero que ha debido implementar reformas para corregir errores y lagunas detectados en el 2015, mismas que fueron publicadas en enero de 2016. El otro estado es Sinaloa y, recientemente, la Ciudad de México, en donde se presentó la iniciativa de Ley de Reproducción Humana Asistida y Útero Subsidiario, sin que hasta la fecha se haya aprobado esta que, en lo sucesivo, denominaremos Iniciativa de la Ciudad de México.

Partimos de la autonomía de la voluntad de las personas como principio para estructurar sus relaciones jurídicas familiares, misma que las legitima para celebrar este tipo de acto jurídico; se expone su naturaleza jurídica, más allá de considerarla únicamente una técnica de procreación médicamente asistida –lo que sólo es una herramienta que motiva el consenso–, sino considerándola a la luz del derecho patrimonial, dentro de las obligaciones civiles, como convenio *lato sensu*, plurilateral que crea, trasmite, modifica y extingue derechos y obligaciones, no sólo entre las partes directamente involucradas, sino que trascienden hasta el hijo que la gestante va a procrear y a entregar después del parto a los padres y/o madres legales.

Ubicada su naturaleza jurídica como convenio *lato sensu*, se hace un análisis de los elementos de existencia y validez del supuesto que decidimos llamar *acuerdo de gestación*.

RELACIONES FAMILIARES Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

La autonomía de la voluntad, como principio, surge del libre juego de las fuerzas económicas y como producto de la ideología liberal e individualista del siglo XIX que proclamaba:

laissez faire, laissez passer; bajo el lema: libertad, igualdad, fraternidad (solidaridad). Este principio estuvo ausente en la construcción del Derecho de familia en México, salvo en materia de capitulaciones matrimoniales. No obstante, hoy encontramos una “nueva” connotación que se adquiere a la luz de las consideraciones hechas por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al sostener que “el principio de autonomía de la voluntad goza de rango constitucional y no debe ser reconducido a un simple principio que rige el derecho civil” (Semana Judicial de la Federación [SJF], 2014, p. 219). Por tanto, se sustenta que el individuo tiene libertad para estructurar sus relaciones jurídicas familiares, respetándose su autodeterminación y atendándose a sus deseos.

Este enfoque se interpreta bajo la óptica de los derechos humanos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en tratados internacionales, fuera del derecho patrimonial, que comprenden los principios de dignidad, igualdad, libre desarrollo de la personalidad, autodeterminación y no discriminación, los cuales hoy deben permear la construcción de un nuevo Derecho de las familias. En este sentido, el libre desarrollo de la personalidad, cuya expresión jurídica constituye el principio liberal de “autonomía de la persona”, permite la elección individual de planes de vida, sin interferencia del Estado o de cualquier otra persona en su persecución (SJF, 2015, p. 975).

Esa parece ser la visión de la Primera Sala cuando sostiene la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, la adopción homoparental y la inconstitucionalidad de las causales de divorcio, entre otras figuras.

Esto sin perder de vista que, en materia de procreación, el artículo 4º constitucional concede a los ciudadanos el derecho a decidir el número de hijos que se desea tener y el espaciamiento en su procreación, lo que es máxima garantía de libertad, misma que tiene valor jurídico directo al otorgar a los sujetos actuar con plena libertad, entendiendo que la procreación es un negocio privado de las personas, en lo individual o en pareja, y cuyo ejercicio constituye una opción personal reservada a la esfera de su autonomía, determinante en el papel que juega en la atribución de la filiación, al pertenecer a la

esfera más íntima de la vida privada y familiar de una pareja, pues “la forma en cómo se construye esa decisión es parte de la autonomía de la voluntad de una persona” (SJF, 2018, p. 957). No obstante, en los acuerdos de gestación, más allá de la autonomía están los efectos que la ley hace derivar de ese consentimiento y que trascienden el ámbito del derecho de familia.

La voluntad debe encuadrarse en una correlativa responsabilidad entre la libertad de procreación y la atribución de garantías a la niña o niño procreado, debiendo el Estado dar las bases y vigilar cuando existen intereses que deben protegerse con un adecuado control sanitario.

NATURALEZA JURÍDICA

Este hecho se ha ubicado en los contratos con diversas denominaciones. Así, en México, en el Estado de Tabasco, es llamado “gestación por contrato”; en Sinaloa, “subrogación de la maternidad”. Ambos códigos lo refieren como contrato de uso; no obstante, el artículo 284, fracción III, del Código Civil de Sinaloa especifica que se trata de un contrato de “prestación de servicios” por el cual se paga una cantidad cierta y determinada.

Por su parte, la Iniciativa de la Ciudad de México reconoce su naturaleza patrimonial, pero con muchas imprecisiones, ya que en el glosario de términos (artículo 3, fracciones XIII y XXXIX) define el “Contrato de útero subsidiario” que pareciera ser el término que se acuñaría; sin embargo, en el cuerpo de la Iniciativa (artículo 43), así como en la Iniciativa de reforma al Código Civil (artículo 369 bis), se le denomina “Contrato de aceptación”, sin mencionar nuevamente el contrato de útero subsidiario que, aunque cuestionable, identificaba más al hecho, lo que no hace el denominado contrato de aceptación, toda vez que todos los contratos, para existir, requieren del consentimiento integrado por dos elementos: oferta y aceptación. Por ende, todo contrato implica aceptación, así que esta terminología no caracteriza el hecho adecuadamente, lo cual constituye un rotundo error.

Las dos entidades federativas y la Iniciativa de la Ciudad de México reconocen el carácter contractual del hecho jurídico; pero por su función jurídica este pertenece a los convenios en sentido lato, porque no sólo tiene por efecto producir y transmitir derechos y obligaciones,

sino también modificar y extinguir, como lo explicamos enseguida.

Hay creación y transmisión de derechos y obligaciones, por ejemplo: *a)* en la concertación entre gestante y padres legales al comprometerse: la primera a prestar un servicio biológico y los segundos a entregar un pago; *b)* entre los padres legales y la institución sanitaria, médicos, etc.; *c)* entre el niño y los padres y/o madres legales.

Pero también hay extinción de derechos, ya que los derechos de filiación de la gestante y su pareja –si la tiene– sobre el niño se extinguen y, por consecuencia, ese vínculo se produce entre este y los padres y/o madres legales. El acuerdo de gestación tiene por efecto esa manifestación de voluntad decisiva para atribuir la maternidad y/o la paternidad a otra persona que desea un hijo (creando derechos) y no a la gestante que no desea hacer valer ese título, ni lo quiere, ni tiene voluntad procreativa (Guzmán y Valdés, 2017, p. 75) (extingue el derecho al renunciar al hijo y sólo acepta su gestación), como es el caso en la Iniciativa de la Ciudad de México en cuanto al “contrato de aceptación.” En Tabasco, al implicarse la aportación reproductiva y genética (subrogada), se exige la entrega del recién nacido a la madre legal mediante adopción plena, figura que por un lado crea derechos para los adoptantes y los extingue a los padres biológicos y, por el otro, permite transmitir la patria potestad y modificar las líneas de parentesco, etcétera.

También hay extinción de principios jurídicos clásicos, como el que señala que “los hijos que la cónyuge tenga son del marido”. Si es el caso que la gestante esté unida en matrimonio, ya no se le considerará al marido padre del niño, *pater is est...* Igualmente cae por tierra el principio jurídico acuñado por el pretor Paulo: “*mater sempre certa est*”. Ya no se puede asegurar que el parto atribuya la maternidad, toda vez que se modifican las reglas al privilegiar la voluntad de quien desea gestar y no puede pero que puede ser madre gracias a la solidaridad de otra. Así, en Tabasco, cuando hay un contrato de gestación con la participación de una sustituta, se presume la maternidad a “la madre contratante”, lo que no ocurre con la participación de una madre subrogada porque, en este caso, se está ceñido a lo dispuesto por una adopción plena.

Se modifican una serie de derechos y de obligaciones que se encuentran previstos en la legislación de la materia que tienen que ver con la paternidad, la maternidad, la patria potestad, los alimentos, el parentesco, etc., al permitir un supuesto que anteriormente era imposible: “la transacción en la filiación” o el reconocimiento del hijo de una mujer casada por otro hombre que no sea el marido, como hoy procede en Tabasco, cuando se trata de un hijo nacido de una madre gestante sustituta.

Hay que aclarar que el hecho no es propiamente una técnica de procreación médicamente asistida. Se trata de una convención entre una mujer, su pareja –si la tiene– y otra persona y su pareja –si la tiene–. La técnica es sólo el vehículo, la herramienta que utilizará la gestante para cumplir con el fin propuesto, del mismo modo que, en un contrato de prestación de servicios profesionales, el pintor tiene como medio el lienzo donde va a realizar la pintura solicitada o el médico que va a realizar una cirugía de trasplante de riñón tiene el quirófano, el instrumental y el órgano del donante, entre otras cosas. Las técnicas de reproducción humana se emplean para que una persona se someta a que se realicen una serie de acciones en su propio cuerpo, para lograr la procreación en el ámbito de la autonomía y de la libertad, y con las consecuencias jurídicas que el derecho de familia les impone; por tanto, no se trata de un método de procreación médicamente asistida; es sólo una concertación para que una mujer procrea por otra.

Es este un negocio jurídico que podemos ubicar en el ámbito del derecho patrimonial, pero no bajo el manto de una figura clásica como el arrendamiento o la subrogación, toda vez que se trata de un acto jurídico *sui generis*, con fisonomía distinta, encuadrado en los convenios, en sentido amplio.

Este convenio puede ser oneroso o gratuito. En varios lugares se acepta siempre que sea gratuito; en otros, se permite su onerosidad, a veces disfrazándolo con un término que no sea ‘pago’. Lo cierto es que en algunas ocasiones puede encontrarse una mujer gestante que accede a colaborar altruistamente con los padres legales merced a determinado vínculo que los una, como el parentesco, la amistad, etc.; pero, en la mayoría de las veces, la gestante acepta motivada por la retribución económica; la expectativa de un pago es lo

que determina su participación. En Tabasco, como Sinaloa, se acepta la retribución a la mujer gestante; sin embargo, en la Iniciativa de la Ciudad de México se decreta que es a título gratuito y sin ánimo de lucro, aunque en algunas disposiciones particulares se prescribe lo contrario, porque en el artículo 25 refiere que, cuando el óvulo es de la mujer gestante, la Comisión de Reproducción Humana asistida podrá determinar si hay compensación económica (¿pago?); el artículo 32 refiere que los padres legales deberán garantizar una compensación (¿pago?) por la acción subsidiaria de la gestante, y el 47 ratifica que es gratuito, pero que la gestante puede recibir una compensación como gratificación, pero no como un pago. Entonces ¿es gratuito?

La gestación puede ser total o parcial, dependiendo de quién aporte los gametos. Es total cuando la madre, además de prestar el vientre, también aporta su óvulo, cuando se trata de la inseminación artificial, en cuyo caso el espermatozoide se obtiene de quien quiere ser el padre, o si éste es estéril, de un donante. En cambio, es parcial cuando la gestante sólo aporta su vientre y la pareja interesada aporta ambos gametos. También se da el caso de que la pareja sea del mismo sexo, o solteros, y no puedan aportar dicho material genético, de manera que se tiene que recurrir a un donante. Por último, puede darse el caso de que tanto el óvulo como el espermatozoide sean aportados por donadores (Jiménez, 2012, p. 9; Farnós, 2010, p. 5). Sinaloa dispone que el hecho es total cuando hay contribución genética y capacidad reproductiva; en cambio, cuando solamente se contrata a la gestante para portar el embrión de los padres y/o madres legales, es parcial. En Tabasco se denomina subrogada cuando la gestante tiene una doble contribución: capacidad reproductiva y genética; pero si sólo se contrata su capacidad reproductiva se dice que es sustituta. En la Ciudad de México, se refiere como tradicional cuando implica no sólo la capacidad reproductiva sino también la aportación genética, y como gestacional cuando sólo hay aportación de la capacidad reproductiva.

CONVENIO

Hemos señalado que el acuerdo de gestación es un convenio *lato sensu*, cuyo vínculo jurídico se genera entre la gestante que resulta

obligada con los padres y/o madres legales a prestarles un servicio biológico (Rueda, Mejía y Pinzón, 2015, p. 91) y estos a exigirles ese cumplimiento, así como a entregar la contraprestación pactada. A este convenio lo hemos denominado Acuerdo de Gestación, toda vez que se trata de una concertación entre dos partes para que una de ellas gesticione un niño para la otra, y cuyos efectos jurídicos son producir, transmitir, modificar y extinguir derechos y obligaciones.

Los sujetos que intervienen en principio son personas físicas: gestante y padres y/o madres legales, pero también pueden formar parte personas jurídicas como un establecimiento sanitario o el mismo Estado. En tal virtud, estamos ante una obligación compleja, por los sujetos que intervienen.

Es posible la participación de hasta tres mujeres; una primera, que produce y dona el óvulo, cuya participación inicia el proceso generativo (madre genética); una segunda, que lleva a cabo la gestación (madre biológica gestacional:); una tercera, la madre de intención, de deseo, educacional afectiva y social (madre legal: quien asume la maternidad con voluntad y autorresponsabilidad) (Costanza, 1987, p. 1021). En más de las ocasiones sólo participan dos mujeres, en combinaciones diferentes, porque dos de esas funciones la puede realizar una sola mujer: primero, cuando la gestante también colabora con su propio gameto y la otra mujer sólo tiene participación legal. Segundo, cuando la madre legal también aporta el gameto y la otra mujer sólo es gestante; dicha contribución es más aceptada, dado que es un mecanismo que asegura la maternidad genética y da fuerza legal a los acuerdos que se estipulen entre las partes.

La participación masculina se da en los siguientes supuestos: primero, si la mujer gestante está casada, el marido es parte, y debe consentir en el hecho. Segundo, si la mujer legal se encuentra unida en matrimonio o en concubinato, su pareja forma parte de la convención, independientemente de que tengan aportación genética o haya donador de espermatozoide. Tercero, si se requiere de la participación de un donador de espermatozoide, en cualquiera de los supuestos, aunque no necesariamente. Cuarto, si se lleva a cabo únicamente con la intervención de hombres, en solitario o en parejas, con la colaboración

de la mujer gestante con su propio óvulo o con la donación de gametos.

Participan también en el acuerdo, si es el caso, la institución que concierne a las partes y el personal médico responsable encargado de asistir el procedimiento. Los médicos deben ser especialistas en la materia, registrados ante la institución que regula el procedimiento, quienes, entre otras cosas, deben advertir a las partes acerca de todos los riesgos que conlleva el procedimiento, seleccionar la fecundación idónea, practicar los exámenes de rutina, en caso de requerirse, certificar si los padres legales padecen de algún obstáculo para procrear o gestar, para así realizar la fecundación y seguir el proceso hasta el alumbramiento. En Tabasco y en Sinaloa, debe acreditarse que se cumple con la autorización de la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado, y hay la obligación de informar ampliamente acerca de las consecuencias médicas y legales a la gestante; debe constatar que las partes satisfacen las formalidades y requisitos tanto legales como físicos, y debe actuarse con estricto apego al secreto profesional. En el caso de la Iniciativa de Ley de la Ciudad de México, se requiere también la autorización de la Secretaría de Salud y de la Comisión de Reproducción Humana Asistida que se creará con esa misma ley.

Al notario público, quien elabora y firma el documento, le corresponde verificar el cumplimiento de los requisitos y condiciones que el acto requiere. En Tabasco y en Sinaloa, así como en la Iniciativa de Ley de la Ciudad de México, se exige esta formalidad.

Por otra parte, un órgano jurisdiccional encargado debe aprobar el acto. En Tabasco, una vez suscrito el instrumento ante notario público, debe ser aprobado por un juez competente, en un procedimiento judicial no contencioso, donde se reconozca el vínculo entre los contratantes y el feto, y donde, a su vez, la gestante y, en su caso, su cónyuge o concubinario renuncien a cualquier derecho de parentesco con el recién nacido.

En algunos lugares se solicita la colaboración de abogados, quienes deben orientar a las partes legalmente, para que todo sea conforme a la ley. En la Iniciativa de Ley de la Ciudad de México esa tarea se confiere a la Comisión de Reproducción Humana Asistida. En Tabasco y en Sinaloa, así como en la Iniciativa de Ley de la

Ciudad de México, se contempla la colaboración de un intérprete, si fuera necesario.

Puede haber intermediarios entre los padres y/o madres legales y las mujeres gestantes; sin embargo, no es lo deseable; es más: debe prohibirse, pues, además de entorpecer el proceso, los costos y las comisiones se elevan siempre en beneficio de dichos intermediarios, y la gestante recibe un menor porcentaje, que no cubre la acción que realiza. Cuando entró en vigor el Código Civil de Tabasco, en 1997, se permitió la intermediación, lo que arrojó malas experiencias. Por ello, a partir de 2016, se sanciona con nulidad el acuerdo si intervienen agencias, despachos o terceras personas.

ELEMENTOS DE EXISTENCIA Y REQUISITOS DE VALIDEZ

El acuerdo de gestación como convenio requiere de elementos esenciales y de validez, como a continuación se refiere.

Elementos de existencia

El convenio debe reunir consentimiento y objeto. El consentimiento, en este supuesto, es complejo, porque se implica no sólo para la celebración del acuerdo sino para todos los efectos que se originan con la atribución de la filiación.

En principio, se requiere del consentimiento entre los sujetos que intervienen, donde consten los términos y condiciones en que se obligan. Se debe precisar el grado de participación en la gestación, la colaboración genética, riesgos, responsabilidades, retribuciones, etc. Como se precisa en las dos entidades federativas multicitadas y en la Iniciativa de la Ciudad de México, este consentimiento debe ser informado a las partes, de manera explícita, y adecuada, desde la técnica a utilizar, el tratamiento o intervención quirúrgica requerida (Brena, 2012, p. ix) las posibilidades de éxito, los riesgos que pudieran darse y sus bondades y desventajas, no sólo desde el punto de vista médico, sino también desde una perspectiva jurídica y psicológica (Mantovani, 1994, p. 93).

Desde luego, se trata de un consentimiento complejo, en el que confluyen varias voluntades:

- a. Quien solicite el hijo: mujer u hombre en solitario.
- b. La pareja, en su caso, quien asumirá la filiación.
- c. El donador o donadora de gametos, si los hay.
- d. La gestante.
- e. Si la gestante es casada, el esposo. Y, si vive en concubinato, el concubinario.
- f. La institución y/o servicio médico que realizará el procedimiento.

Cada una de estas manifestaciones de voluntad tiene consecuencias diversas (Guzmán y Valdés, 2017, p. 75). Sobre todo, por la determinación de filiación del niño gestar, que no se sujetará a las normas y principios jurídicos clásicos de su atribución, sino que en su lugar se constituirá un vínculo con quien decidió su procreación.

El objeto se refiere al proceso fisiológico de la gestación, otorgar la posibilidad de maternidad y/o paternidad a quienes por diversas razones no las pueden lograr por sí mismos. Es el ejercicio responsabilizado de la función procreativa, y no el hijo, a quien debe considerarse como una finalidad con individualización propia. Incluye también hacer todo lo necesario para lograr la reproducción. La maternidad, más que una relación biológica o genética, es una relación social y cultural, donde prevalece la voluntariedad (Lamm, 2013, p. 50). Sólo hay sustitución de la gestación, no de la maternidad (Vila-Coro, 2015, pp. 283 y 287). La maternidad implica algo más que la gestación, y la gestante sabe que no está gestando su hijo porque ha renunciado a la maternidad y se obligó a entregarlo al parir. “Gestará como persona un ser humano, pero no gestará como madre” (Ferrer, 2018, p. 77).

Es verdad que se trata de un objeto controvertido, toda vez que se ha insistido en que el ser humano no puede ser objeto de negocio jurídico, como si fuera cosa; sin embargo, el fin no es la entrega del hijo que hace la gestante a los padres y madres legales, independientemente que reciba a cambio una gratificación, cuando no es altruista la intervención (Winter, 1998, p. 859; Bernard, 2000, p. 107; Silva, 2016, pp. 5-6), sino prestar un servicio: el proceso fisiológico de la gestación, que simplemente

requiere posibilidad y licitud. En tal virtud, la mujer debe tener la posibilidad de gestar, debe estar sana para llevar a cabo este proceso, pues se acuerda su capacidad reproductiva y será lícito siempre que no se encuentra prohibido.

En México, esa licitud para las entidades federativas que no regulan el supuesto expresamente se puede rastrear desde la misma Carta Magna, en el artículo 4º, primer párrafo, el cual expresa que la mujer y el hombre son iguales ante la ley, protegiendo la organización y el desarrollo de la familia; de la misma manera en el postulado del segundo párrafo: “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos”.

Lo anterior significa que el Estado tiene la obligación de emitir las normas conducentes, no sólo para la organización de la familia sino para su desarrollo; además, supone un derecho reproductivo que incluye el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción, lo que implica que cualquiera puede realizar las acciones pertinentes para lograr una fecundación natural o con el auxilio de los avances científicos para sí mismo o a través de la colaboración de una tercera persona.

Fundar una familia es un derecho humano, y en congruencia con el derecho a procrear, como parte de los derechos fundamentales, no se puede negar que una mujer decida llevar a cabo un embarazo para entregar el hijo a otra persona. Instrumentos internacionales en la materia han declarado que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado (Declaración Universal 16.3; Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre VI; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 23.1; Pacto de San José de Costa Rica 17.1), que todos los seres humanos tienen derecho a fundar una familia sin restricción alguna, a partir de la edad núbil (Declaración Universal 16.1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 23.2; Pacto de San José de Costa Rica 17.2) y que nadie puede tener injerencias arbitrarias en dicha familia (Declaración Universal 12; Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre V.) Es cierto que no existe una declaración específica en cuanto al derecho a procrear, pero también es cierto que ello implícitamente se puede considerar

comprendido, toda vez que es aspiración del ser humano fundar una familia, lo cual conlleva también el “derecho” de dar vida a una descendencia propia.

El mismo artículo 4° de la Constitución de México, también regula el interés superior de la niñez como principio rector y el derecho a la identidad, derechos relevantes que conceden al menor conocer su filiación. Este fundamento es utilizado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando señala en tesis aislada que a un menor de edad nacido por acuerdo de gestación se le debe establecer la filiación, aun en ausencia de regulación específica (SJF, 2019, p. 1159), para respetar, proteger y garantizar sus derechos humanos.

Esto consecuentemente da licitud a los convenios, en aras del interés superior y del derecho a la identidad, rebasando disposiciones jurídicas que consignan que no habrá ni transacción ni compromiso con árbitros en materia de filiación, como aquellas que otorgan la maternidad a la mujer que parió. Así las cosas, se deben modificar con carácter *ex lege* los derechos y las obligaciones que se trastocan con los acuerdos de gestación para garantizar el interés superior del menor. En Tabasco y en Sinaloa, dado que tienen regulado expresamente el acuerdo, éste es completamente lícito.

Requisitos de validez

Los sujetos que participen en la celebración de un acuerdo de gestación deben cumplir con capacidad jurídica plena; debe otorgarse de manera libre, consciente, lícita, y ser externado con la forma requerida por la ley.

Forma

El instrumento, dadas su naturaleza e implicaciones legales, no puede ser tácito ni verbal sino, por el contrario, requiere que la voluntad conste expresamente por escrito en documento indubitable, como lo exija el ordenamiento correspondiente. El instrumento da seguridad jurídica a las partes y, sobre todo al niño por nacer, ya que resulta ser un reconocimiento previo de su filiación y le asegura el embalaje de derechos que debe adquirir.

En tal virtud, el consentimiento no sólo debe constar expresamente y por escrito, sino debe

ser externado ante notario público. En Tabasco, Sinaloa, así como en la Iniciativa de la Ciudad de México, exigen que el documento se externe ante notario público con dos testigos.

Se requiere la intervención del Estado en el procedimiento, tanto desde la regulación con las formalidades necesarias como en su participación en el proceso, designando a una autoridad encargada de vigilar y de verificar el cumplimiento de la ley. En Sinaloa y en Tabasco se encomienda esta facultad a las autoridades de Salud. Para el caso de la Ciudad de México, independientemente de que se requiere la autorización de la Secretaría de Salud, también se solicita la de la Comisión de Reproducción Humana Asistida.

En algunos lugares se exige una homologación judicial, siendo la autoridad jurisdiccional competente quien verifique que el acto sea conforme a la ley, a fin de poder autorizar el inicio del proceso del acuerdo. En Tabasco, una vez formalizado el instrumento jurídico ante notario público, y ya que la Secretaría de Salud del Estado haya verificado el cumplimiento de la ley, debe ser aprobado por un juez competente, a través de un procedimiento judicial no contencioso, donde se reconoce, por un lado, el vínculo entre los padres y/o madres y el feto y, por otro, la renuncia de la gestante y, en su caso, de su cónyuge o concubinario, a cualquier derecho de parentesco con el niño. Aprobado que sea el instrumento, se notifica para sus efectos a la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado.

Es posible que el ordenamiento jurídico exija otras formalidades, que varían atendiendo a cada legislación, como requerir que los padres y/o madres legales tengan cubierta la cantidad estimada como retribución, algún seguro de gastos médicos, etcétera.

En Tabasco, en Sinaloa y en la Iniciativa de la Ciudad de México, se establece que el incumplimiento de los requisitos y de las formalidades señaladas en la legislación provoca la nulidad del acuerdo. Los notarios públicos que indebidamente den fe o certifiquen estos convenios sin apego a las disposiciones jurídicas aplicables, serán separados definitivamente de su cargo, en términos de la ley en la materia, sin demérito de las demás responsabilidades o delitos en que incurran.

Capacidad

La capacidad puede variar atendiendo a la legislación del lugar donde se celebre, y puede ser distinta también entre la madre gestante y los padres y/o madres legales. En México, la capacidad para celebrar actos jurídicos se obtiene a los 18 años; no obstante, existen actos jurídicos que requieren, además de capacidad, una legitimación.

La distinción entre capacidad y legitimación se establece con toda evidencia: capacidad es la aptitud intrínseca de una persona para dar vida a actos jurídicos; legitimación es la aptitud para hacer surgir actos que tengan un determinado objeto, en virtud de una relación en que la parte se encuentra con éste. Hay que ver en la capacidad la idoneidad de la persona para el acto jurídico, con independencia de una relación del sujeto con el objeto del acto. En la legitimación, la idoneidad de la persona para el acto, resultante de una particular relación del sujeto con el objeto del acto mismo. Así, por ejemplo, cuando se dice que el menor de edad no puede realizar negocios jurídicos, se resuelve un problema de capacidad; cuando se dice que el tutor no puede ser adquirente de los bienes confiados a su gestión, se resuelve un problema de legitimación (SJF 1973, p. 17).

La persona debe tener la idoneidad para realizar el acto, como en el caso de la adopción, respecto del cual en Veracruz y en otras entidades federativas, independientemente de que se tenga capacidad de goce y de ejercicio, se requiere que los adoptantes sean de más de 25 años.

Los sujetos que intervienen en un acuerdo de gestación no sólo deben ser capaces, sino que deben contar con legitimación. Las legislaciones no han sido uniformes en cuanto a establecer una edad; es obvio que puede ser distinta entre la gestante y los padres y/o madres legales, pues, mientras que a la primera se le pide una edad que corresponda a su capacidad reproductiva, a los segundos se les pide una edad congruente con la tarea de crianza y educación de los menores. En los estados mexicanos de Tabasco y de Sinaloa se requiere, además de capacidad de goce y ejercicio de la gestante, que su edad oscile entre 25 y 35 años. (En Rusia, la gestante debe tener entre 25 y 30 años; en Australia, mínimo 25 años, y no se pone un límite máximo; en Ucrania, de 18 a 35 años; en Canadá, de más de 21 años; en Grecia

no se pone límite a la gestante, sino a la legal, que no debe de exceder de 51 años.)

En algunas legislaciones, la idoneidad para celebrar el acto se concede a la mujer gestante siempre que acredite, entre otras cosas, estar casada, en perfecto estado de salud, registrada en la institución que lleva el control de estos acuerdos, con un hijo como mínimo, no haber colaborado en estos procedimientos por más de dos veces consecutivas y que, al momento de iniciar el proceso, acredite que ha pasado como mínimo un año sin estar embarazada, Así se prescribe en Tabasco y en Sinaloa; en cambio, en la Iniciativa de la Ciudad de México no se menciona nada al respecto.

Por otro lado, también para los padres y/o madres legales se puede señalar un mínimo y/o un máximo de edad, a fin de garantizar madurez y estabilidad para que tengan la fuerza necesaria para dedicarse a la crianza. Se considera adecuada una edad entre 25 y 40 años.

Suele exigirse a la mujer que va a convenir con la gestante que acredite su incapacidad para gestar o, en todo caso, que la pareja o alguno de ellos acredite la existencia de una enfermedad que puede ser hereditaria al menor o que ponga en riesgo la vida de la mujer, como diabetes, sida, preclamsia, cáncer, entre otros, o que presenten un cuadro de esterilidad o infertilidad que impide la gestación, como se hace en Tabasco y en Sinaloa. Al exigirse incapacidad procreativa de la madre legal, no se legitima a hombres en solitario o en parejas a celebrar un acuerdo de gestación, siendo discriminados en términos del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En la Iniciativa de la Ciudad de México aún no es un requisito, presumiéndose que estará permitido, lo que resulta congruente con la postura vanguardista que sigue la Asamblea Legislativa de la Ciudad de México.

Una persona casada no tiene legitimación para donar esperma u óvulo a madre portadora sin el consentimiento de su cónyuge, como sucede en Sinaloa. En algunas legislaciones, suele pedirse que los gametos a utilizar no sean de la gestante, para evitar una relación consanguínea con el neonato. Lo ideal es que al menos uno de los padres y/o madres legales, si se trata de una pareja, o la persona soltera, aporte su material genético para así constituir

una vinculación; o, en caso de tener problemas de salud, se utilice donación de terceros o de un familiar, debiendo renunciarse a cualquier derecho. No obstante, en Tabasco, en Sinaloa y en la Iniciativa de la Ciudad de México esto no es restrictivo, ya que regulan el convenio con o sin gametos de la gestante.

En ambas legislaciones sólo se permite celebrar acuerdos de gestación a quienes acrediten la nacionalidad mexicana, o al menos que lo haga uno de la pareja, para evitar así el turismo reproductivo (Alkorta, 2015, p. 79), como sucedía en un principio en Tabasco. En la Iniciativa de la Ciudad de México no hay tal prohibición; por consecuencia, los extranjeros podrán celebrar acuerdos de esta naturaleza.

Tampoco están legitimadas ambas partes si no les resulta favorable la evaluación mental, física, social y económica, como se establece en Tabasco, en Sinaloa y en la Iniciativa de la Ciudad de México.

El hecho que aquí tratamos constituye un acto personalísimo, que no permite la participación de intermediarios, al menos no para el caso de la gestante. Así se estipula en Tabasco y en Sinaloa. En la Iniciativa de la Ciudad de México no se señala nada al respecto.

Si resultare incapacidad o mueren las madres y/o padres legales, ambas legislaciones nacionales establecen que la gestante, con el consentimiento o reconocimiento de su cónyuge, si hubiere, puede pedir la custodia al amparo de este convenio.

Ausencia de vicios del consentimiento

Puede darse el caso de que la voluntad no sea otorgada de manera espontánea o consciente; puede ser afectada o influida, como en el caso de error en la identidad al convenir con personas que pretender ser padres y/o madres legales, pero no son quienes afirman ser. En las legislaciones de Tabasco y de Sinaloa se insiste mucho en el error y el dolo en cuanto a la identidad de los padres y/o madres legales. Seguramente habrán historias en el pasado de estos Estados en cuanto a suplantación de personas. En ambas entidades federativas se establece la nulidad si hay algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas. A mayor abundamiento, en Sinaloa se puntualiza que el acto carece de validez si

hubo error o dolo respecto a la identidad de los padres legales por parte de la mujer gestante.

En cambio, hay dolo si la gestante intenta abortar o no concluye con el acuerdo en los términos pactados o tiene algún padecimiento que ponga en riesgo el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el periodo gestacional; así se establece en Tabasco y en Sinaloa. En la Iniciativa de la Ciudad de México corresponde a la Comisión de Reproducción Humana Asistida vigilar que la gestante no tenga enfermedades genéticas o hereditarias graves.

Hay mala fe si los padres legales presentan un certificado de infertilidad, cuando la pareja no es infértil, o si éstos no se cercioran de que la gestante tiene la edad exigida por la ley, etcétera. Puede existir violencia sobre la gestante, mediante la utilización de la fuerza física o de las amenazas de los padres y/o madres legales para obtener su voluntad y conseguir su participación sin su voluntad, o puede ser influenciada por alguien más; o puede ser que se le practique alguna técnica de procreación asistida sin que haya todavía otorgado su consentimiento, etcétera.

Objeto, motivo o fin lícito

El motivo determinante de la voluntad para la celebración del convenio debe estar de acuerdo con las leyes de orden público y las buenas costumbres.

Si se pacta un acuerdo de esta naturaleza en algún lugar donde no está permitido, es ilícito, y da lugar a nulidad; los padres y/o madres legales no tendrían la atribución de la filiación sino la mujer que parió, siguiendo la máxima *mater semper certa est*. Por supuesto, esta madre gestante no podría ser obligada judicialmente a entregar a su hijo(a), aunque en México la licitud la otorga la propia Constitución, en el artículo 4º, y hay que recordar el criterio sustentado por la Primera Sala de la SCJN referido líneas arriba.

Pueden catalogarse como conductas ilícitas el supuesto de que los padres y/o madres legales tengan la intención de utilizar al menor para pornografía, para tráfico, etc., o que se realice un acuerdo contraviniendo disposiciones, como sería el caso al autorizar una gestación con material genético de la gestante, si está prohibido; también sería ilícito pactar

una retribución si sólo se permite en forma gratuita o autorizar la gestación con base en la incapacidad procreativa de la mujer solicitante siendo ésta fértil, etc. En la Iniciativa de la Ciudad de México se cataloga de conducta ilícita el nacimiento forzado y el posterior tráfico de sus órganos, cuya sanción se determina de acuerdo con la legislación de la materia; también será ilícito el hecho de que un médico realice reproducción humana asistida sin consentimiento de la mujer del caso, como queda establecido en la iniciativa de reforma al Código Penal del Distrito Federal que se presenta junto con la Iniciativa de Ley de reproducción humana asistida.

INEFICACIA Y RESPONSABILIDAD

En Tabasco, en Sinaloa y en la Iniciativa de la Ciudad de México se establece que el incumplimiento de los requisitos y formalidades señalados en la legislación provoca la nulidad del acuerdo; también si se establecen compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del niño y la dignidad humana o cláusulas que contravengan el orden social y el interés público.

En las regulaciones de las dos entidades federativas referidas se señala que, en caso de nulidad, las partes concertantes no quedan eximidas de las responsabilidades adquiridas y derivadas de su existencia. Y lo más curioso es que, en Sinaloa, en la última parte del artículo 288, se dispone que “no obstante que se declare nulo, el contrato produce todos sus efectos”. Esto quiere decir que las partes que incumplan los términos de lo convenido de todos modos se hacen acreedores a la responsabilidad civil o penal. Los sujetos que intervienen pueden violar el orden jurídico establecido, contractual o extracontractualmente, actuando con culpa o sin ella; pero de todos modos pueden causar daño o perjuicio y engendrar responsabilidad.

El equipo médico y/o el centro de salud deben realizar sus intervenciones con la diligencia necesaria para evitar que surjan patologías en el producto de la concepción y lesiones en la integridad física de la gestante, en el momento de la fecundación o posteriormente; de lo contrario, pagarán daños y perjuicios, atendiendo a los principios de la responsabilidad contractual y extracontractual. Hay responsabilidad objetiva si no cuentan con el instrumental necesario o no funcionan debidamente; si no se brindó a los

pacientes la información adecuada respecto de las intervenciones de que vayan a ser objeto, si se viola el secreto médico y si se transmitieran enfermedades hereditarias o congénitas que pudieran haber sido evitadas con base en un estudio. También tienen responsabilidad, no sólo civil sino penal, si realizan la fecundación sin el consentimiento y plena aceptación de la gestante, mediante violencia física, intimidación y lesiones causadas a ella o si se encuadra en conductas tipificadas como delitos.

En Tabasco y en Sinaloa se dispone que la gestante puede demandar civilmente a los padres y/o madres legales el pago de gastos médicos, en caso de patologías que deriven de una inadecuada atención y control médico prenatal y postnatal. En Tabasco están obligados a una garantía de seguridad mediante una póliza de seguro de gastos médicos mayores, expedido por una institución de seguros establecida legalmente en territorio nacional, que cubra los gastos originados en la atención del embarazo, parto y puerperio, a favor de la gestante sustituta o subrogada. La Iniciativa de la Ciudad de México señala que los padres legales tienen responsabilidad por daños en la salud de la gestante y, en caso de fallecer ésta, deben indemnizar a los familiares que se haya designado en el contrato; tienen también la obligación y responsabilidad económica en cuanto a la manutención de la gestante, su atención médica y la compensación de la acción subsidiaria.

Hay responsabilidad civil de los padres legales cuando hayan acordado la gestación y, posteriormente, se rehúsen a acreditar la paternidad y/o maternidad; deben responder, entre otros, por los daños y perjuicios frente a la mujer y el niño, desde luego, y fincar la responsabilidad alimentaria y demás que se deriven de la filiación.

Los notarios públicos que indebidamente den fe o certifiquen estos convenios 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.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Podemos definir al acuerdo de gestación como: el convenio *lato sensu*, por medio del cual una

mujer denominada gestante se obliga, onerosa o altruistamente, con otra u otras personas denominadas madres y/o padres legales, a gestar con o sin aportación genética, a quienes entregará el niño después del parto y quienes tienen la atribución de la filiación, mediante el auxilio de una técnica de procreación médicamente asistida.

Si bien es cierto que la decisión entra en el ejercicio de la autonomía de la voluntad como parte de la libertad para estructurar relaciones jurídicas familiares, también es cierto que el acuerdo que se externa es un convenio bajo la óptica del derecho patrimonial.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRENA SESMA, Ingrid (2012). *Reproducción asistida*. México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.

COSTANZA, María (1987). “Legislazione e fecondazione artificiale”, *Il diritto de famiglia e delle persone*. Anno XVI, Milano, Italia: Giuffrè.

GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal (2007). “La subrogación de la maternidad”, *Revista IUS*. Vol. 1, núm. 20, Puebla.

GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal y María del Carmen Valdés Martínez (2017). “Voluntad procreacional”, *Oñati Socio-Legal Series*. Vol. 7, núm. 1.

FARNÓS AMORÓS, Esther (2010). “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”, *InDret. Revista para el análisis del derecho*. Barcelona.

FERRER VANRELL, María del Pilar (2018). “El llamado superior ‘interés del menor’ de los nacidos”, *Estudio sistemático de la ley 26/2015 del 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia*. Madrid: Dykinson.

JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier (2012). *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Madrid: Reus.

LAMM, Eleonora (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientre*. Barcelona: Universidad de Barcelona, Colección de Bioética.

MANTOVANI, F. (1994). “Manipulaciones genéticas, bienes jurídicos amenazados”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*. 1.

RUEDA BARRERA, Eduardo Alfonso, Omar A. Mejía Patiño e Inés Yohanna Pinzón Marín (2015). “La aceptabilidad jurídica de la técnica de gestación de vida humana por sustitución de vientre”, *Revista de Derecho y Genoma Humano* [Law and the Human Genome Review]. Núm 43, julio/diciembre, Dykinson, Bilbao.

SEMENARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN (2014). T/A CDXXV, 1ª Sala, 10ª Época, Libro 13, Tomo I Materia Constitucional.

SEMENARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN (2015). T/A CCCLXV, 1ª Sala, 10ª Época, Tomo I Materia Constitucional.

SEMENARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN (2018). T/A LXXVI, 1ª Sala, 10ª Época, Libro 55, Tomo II Materia Constitucional, Civil.

SEMENARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN (1973). “Capacidad y legitimación. Diferencias”, Registro: 241917, 3ª Sala, 7ª Época, Tesis Aislada, Volumen 51, Cuarta Parte, Materia(s): Civil.

VILA-CORO VÁZQUEZ, Antonio (2015). “Hacia una regulación de la gestación por sustitución como técnica de reproducción asistida”, *Boletín del Ministerio de Justicia de España. Treinta años de reproducción asistida en España*. Madrid: Ministerio de Justicia, Gobierno de España.