



Maternidad subrogada: Regulación en algunos países donde está permitida.

Australia (Queensland), Canadá, Estados Unidos (Florida), México (Tabasco y Sinaloa), Sudáfrica y Uruguay.

Autor

Marcela Cáceres Lara
Email: mcaceres@bcn.cl
Tel.: (56) 32 226 3439

Nº SUP: 121368

Disclaimer

Este documento es un análisis especializado realizado bajo los criterios de validez, confiabilidad, neutralidad y pertinencia que orientan el trabajo de Asesoría Técnica Parlamentaria para apoyar y fortalecer el debate político-legislativo. El tema y contenido del documento se encuentra sujeto a los criterios y plazos acordados previamente con el requirente. Para su elaboración se recurrió a información y datos obtenidos de fuentes públicas y se hicieron los esfuerzos necesarios para corroborar su validez a la fecha de elaboración

Resumen

La maternidad subrogada, conocida también como gestación por sustitución o vientre de alquiler, es una técnica de fertilización asistida a través de la cual una mujer, se compromete a llevar adelante un embarazo y entregar al niño o niña luego del nacimiento a otra persona o pareja, renunciando a sus propios derechos como madre.

Si bien, este procedimiento ha sido prohibido en algunas naciones, en otras está permitido, pero estableciendo ciertos requisitos. Así, de los países y Estados revisados en este informe, en el Estado de **Queensland, Australia; Canadá; y Sudáfrica**, se permite sólo la maternidad subrogada altruista, es decir, aquella en la cual la mujer no recibe compensación económica por la gestación.

En **Florida, Estados Unidos**, se enfatiza en el hecho de que la pareja que desea tener un hijo o hija esté legalmente casada, y de que ésta y la sustituta gestacional tengan más de 18 años. Además, se puede acordar pagar sólo los gastos de vida de la madre sustituta en el periodo pre-natal, intra y post-parto.

Por su parte, en los Estados de **Tabasco y Sinaloa**, en **México**, el acento está puesto en el aspecto médico. Ambos permiten esta práctica cuando la madre pactante padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero. Asimismo, en Sinaloa, se admite expresamente la gestación subrogada onerosa.

Finalmente **Uruguay**, sólo lo permite en la medida que exista un impedimento médico de la madre para gestar un niño o niña, propio, por enfermedades genéticas o adquiridas. En este caso, la mujer podrá acordar con un familiar suyo de segundo grado de consanguinidad, o de su pareja, la implantación y gestación del embrión propio.

En complemento con los hallazgos de la legislación extranjera, se relevan algunas consecuencias carácter psicológico y emocional que la maternidad subrogada podría tener en la mujer gestante, así como los efectos en el ámbito físico, familiar y social.

Introducción

La maternidad subrogada implica el nacimiento de un niño o niña que es gestado por una mujer distinta de quien desea tener el hijo o hija, bien una pareja con problemas de infertilidad, una mujer sola o un varón solo, entre otras razones. Para ello se utilizan alguna de las alternativas que ofrece la reproducción humana asistida, pudiendo el óvulo ser aportado por la mujer que va a gestar, en cuyo caso se recurre a la inseminación artificial, o bien la implantación de un embrión producido por fecundación in vitro (FIV) procedente o no de los padres futuro del niño o niña¹.

En 1976 se firmó el primer acuerdo de maternidad subrogada del que se tiene constancia, con el empleo de inseminación artificial (*Surrogate Family Service*, Michigan, EE.UU). La finalidad del mismo fue ayudar a parejas con dificultades para concebir, ofreciéndoles la posibilidad de acceder a madres sustitutas². Casi cuatro décadas después, la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, señaló en un informe ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, que "el persistente vacío normativo en relación con los acuerdos internacionales de paternidad subrogada comercial hace que los niños nacidos mediante ese método sean vulnerables a la violación de sus derechos, y la práctica a menudo equivale a la venta de niños y puede desembocar en la adopción ilegal"³.

En Chile, no existe una normativa legal, pero se han detectado dos Proyectos de Ley sobre la materia: 1) "Regula la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida", Boletín [11576-11](#)⁴; y 2) Modifica el Código Civil para determinar la identidad de niños y niñas nacidos en gestación subrogada, Boletín [12106-07](#)⁵.

En virtud de lo anterior, a solicitud del requirente, el presente documento entrega un panorama respecto de los tipos de maternidad subrogada y su prevalencia en algunos de los países del mundo, donde esta técnica está permitida. Asimismo, da cuenta de la normativa existente en el Estado de *Queensland*, Australia; Canadá; en el Estado de *Florida*, en Estados Unidos de América; los Estados de Tabasco y Sinaloa en México; en Sudáfrica y Uruguay, naciones donde esta técnica está permitida aunque estableciendo distintos requisitos.

Por último, se mencionan algunos efectos psicológicos, sociales y físicos de la maternidad subrogada en la mujer gestante, de acuerdo con algunos artículos revisados.

¹ Jouve de la Barreda, Nicolás. Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada. Cuadernos de bioética XXVIII 2017/2°. Pág. 154.

² Bascuñana Garde, Mónica. Gestación subrogada: Aspectos emocionales y psicológicos en la mujer gestante, en Rosana Triviño Caballero: Cuestiones abiertas sobre la gestación subrogada. Dilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas, n° 28.

³ Consejo de Derechos Humanos de la ONU. 37ºPeriodo de Sesiones (del 26 de febrero al 23 marzo de 2018). Informe de la Relatora Especial sobre la venta y La explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños. Pág. 3.

⁴ Moción de las diputadas Loreto Carvajal, Daniella Cicardini, y Marcela Hernando; diputados Vlado Mirosevic, y Manuel Monsalve; y ex diputados Miguel A. Alvarado, Guillermo Ceroni, Daniel Farcas y Marco Antonio Núñez. Ingresado a la Cámara de Diputados, el 10 de enero de 2018. Se encuentra en primer trámite, en la Comisión de Salud.

⁵ Moción de las senadoras Ximena Rincón y Yasna Provoste, y los senadores Felipe Harboe y Jorge Pizarro. Ingresado al Senado el 12 de septiembre de 2018. Se encuentra en primer trámite, en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.

I. Tipos de maternidad subrogada y prevalencia

Según la procedencia de los gametos que generan el embrión producido por fecundación in vitro que anidará en el útero de la madre gestante, pueden distinguirse cuatro tipos de subrogación.

- a. **Sin donación ajena a los padres comitentes:** el embrión se genera con el óvulo y espermatozoide de ambos.
- b. **Donación total:** cuando ninguno de los dos gametos proceden de quien efectúa el contrato, en cuyo caso el embrión que se implanta proviene de donantes normalmente anónimos, por lo que ni la madre gestante ni los padres adoptivos tienen relación genética con el bebé.
- c. **Donación parcial de comitente:** cuando uno de los gametos es del padre o la madre comitente y el otro de un donante, en cuyo caso hay una semi-vinculación genética entre el padre o madre comitente y el niño (el 50% de sus genes).
- d. **Donación parcial de gestante:** cuando la madre gestante aporta el óvulo, lo que supone que existe un vínculo genético entre ella y el niño⁶.

Desde el punto de vista económico, existe la maternidad subrogada altruista y la comercial. La altruista, es aquella en la que la madre gestante no recibe compensación económica por la gestación del bebé. Los padres contratantes se responsabilizan de los gastos relacionados con la manutención, el apoyo psicológico, o las necesidades relacionadas con el embarazo⁷. Por su parte, la comercial, que se refiere a aquella en que la madre gestante recibe una compensación económica por engendrar al bebé durante todo el proceso. Si la madre aporta su propio óvulo la cantidad que recibirá como compensación será mayor⁸.

Respecto a las estadísticas sobre maternidad subrogada en el mundo, en **Georgia**, la Oficina de la Defensa del Pueblo, en una estimación no oficial, pone de manifiesto que desde 1997 han podido nacer alrededor de 3000 niños por maternidad subrogada⁹. Por su parte, de acuerdo a un artículo de la revista *The Lancet*, se estima que en la **India** han nacido más de 25.000 niños por gestaciones subrogadas¹⁰. En tanto, entre 1999 y 2013, en **Estados Unidos**, se practicaron 30.927 gestaciones subrogadas que dieron lugar a 13.380 alumbramientos, de los cuales 8.581 fueron de embarazos de un solo niño, 4.566 de embarazos gemelares y 233 de triples, resultando un total de 18.400 niños nacidos, según la revista *Fertility and Sterility*¹¹. En **Rusia**, gracias a "vientres de alquiler" han nacido unos 550 niños, aunque algunos expertos elevan la cifra a 700 considerando que muchas clínicas privadas no informan a las autoridades respecto de los nacimientos¹².

⁶ Jouve de la Barreda, Nicolás. Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada. Cuadernos de bioética XXVIII 2017/2. Pág. 154.

⁷ Agencia Española de Gestación Subrogada, Aeges.

⁸ *Ibíd.*

⁹ Observatorio de Bioética Instituto de Ciencias de la Vida. Universidad Católica de Valencia. Maternidad subrogada. Visión actual.

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ *Ibíd.*

¹² Proponen prohibir en Rusia los "vientres de alquiler" hasta regularlos mejor. 28 de Marzo de 2017. Agencia EFE.

II. Países donde está permitida la maternidad subrogada o gestación por sustitución

En este capítulo se da cuenta de la normativa en *Queensland* (Australia), Canadá, *Florida* (USA), Estados de Tabasco y Sinaloa (México), Sudáfrica y Uruguay, países o Estados, según sea el caso, que permiten la maternidad subrogada, aunque en su mayoría sólo si se trata de subrogación altruista.

1. Australia

La maternidad subrogada altruista, es legal en la mayoría de los Estados y territorios de Australia. Los acuerdos de subrogación altruista son aquellos en los que la madre sustituta no obtiene ganancias. Sin embargo, los padres encargados pueden reembolsarle el costo de gastos médicos y legales razonables¹³.

En el Estado de **Queensland**, la maternidad o gestación subrogada está regulada por la **Surrogacy Act de 2010**¹⁴, que prohíbe los acuerdos de subrogación comercial y dispone la realización por parte del tribunal, en circunstancias particulares, de la transferencia de la paternidad de un niño nacido como resultado de un acuerdo de subrogación. Asimismo, en el contexto de estos, se deben establecer procedimientos para asegurar que las partes en el acuerdo entiendan su naturaleza e implicaciones; y salvaguardar el bienestar y el interés superior del niño¹⁵.

Como se mencionó anteriormente, la gestación subrogada comercial, está prohibida y se penaliza con una multa de 100 unidades¹⁶ o 3 años de prisión¹⁷. La subrogación comercial, se produce si una persona recibe un pago, recompensa u otro beneficio o ventaja material, que no sea el reembolso de los gastos en que incurre la madre de alquiler, de la persona u otra persona con la que se acordó entrar en un arreglo de subrogación¹⁸.

La normativa también señala que una persona no debe publicar un anuncio, declaración, aviso u otro material que tenga la intención o induzca a una persona a actuar como **madre**. La pena máxima, es 100 unidades de multa o 3 años de prisión¹⁹.

¹³ *International Surrogacy Arrangements. Department of Home Affairs. Australian Government.*

¹⁴ Un “acuerdo de subrogación” significa un acuerdo o entendimiento entre una mujer y otra persona o personas bajo las cuales la mujer acepta quedar embarazada o intentar quedar embarazada con la intención de que un niño nacido como resultado del embarazo debe ser tratado como el hijo, no de la mujer, sino de la otra persona o personas; y la mujer cederá a la otra persona o personas la custodia y tutela del niño nacido como consecuencia del embarazo. Además, la otra persona o personas acuerdan convertirse en responsables permanentemente de la custodia y tutela de un niño. Fuente: *Surrogacy Act 2010. Sección 7.*

¹⁵ *Surrogacy Act 2010. Parte 2, Sección 5.*

¹⁶ La multa se calcula multiplicando el valor de una sola unidad por el número de unidades de penalización por cada infracción. Esta suma cambia cada año. Del 2018 al año 2019, las 100 unidades alcanzaban un valor de \$15,500 dólares australianos, equivalentes a \$ 7.430.971 pesos chilenos.

¹⁷ *Surrogacy Act 2010. Sección 56.*

¹⁸ Sección 10.

¹⁹ Sección 55.

Para la transferencia de la paternidad de un niño nacido como resultado de un acuerdo de subrogación, el tribunal emite una orden denominada orden de filiación (*Parentage order*). La Corte también puede emitir una orden para cancelar una orden de filiación (*Discharge order*)²⁰.

Una solicitud para una orden de filiación en relación a un niño o niña, puede ser emitida:

1. No antes de 28 días y no más de 6 meses después del nacimiento del niño o niña, posteriormente, con la autorización del tribunal.
2. El tribunal podrá conceder el permiso posteriormente sólo si considera que la presentación de la solicitud tardía está justificada por circunstancias excepcionales y que la concesión redundaría en el bienestar y el interés superior del niño.
3. Las subsecciones 4 y 5 se aplican si hay 2 futuros padres bajo el acuerdo de maternidad subrogada y estos eran pareja cuando se hizo el acuerdo de maternidad subrogada.
4. La solicitud de la orden de filiación sólo puede ser presentada conjuntamente por los dos progenitores contratantes o padres futuros.
5. Si los dos padres contratantes ya no son una pareja o uno de ellos ha fallecido, uno de los futuros padres puede solicitar una orden de filiación.
6. Si hay un padre/madre bajo el acuerdo de maternidad subrogada y el padre/madre no tenía un cónyuge cuando se hizo el acuerdo de maternidad subrogada, el padre puede solicitar una orden de filiación²¹.

Junto con la solicitud presentada en virtud de esta parte se deben presentar una serie de documentos²². Asimismo, el tribunal puede emitir una orden de filiación para el traslado de la filiación de un niño al solicitante o a los solicitantes conjuntos²³.

²⁰ Sección 12.

²¹ Sección 21.

²² Para la solicitud de una orden de filiación, se deben presentar al tribunal los siguientes documentos: Falta cita de la norma

(a) una copia del certificado de nacimiento del niño;

(b) una copia del acuerdo de maternidad subrogada;

(c) una declaración jurada del solicitante o solicitantes conjuntos;

(d) una declaración jurada de la madre biológica;

(e) una declaración jurada del cónyuge de la madre biológica (si existe);

(f) una declaración jurada del padre biológico (si existe);

(g) para el solicitante, o cada solicitante conjunto, la madre biológica y el cónyuge de la madre biológica (si lo hubiera) - una declaración jurada del abogado que dio consejo legal a la persona antes de que se hiciera el acuerdo de subrogación;

(h) una declaración jurada del consejero debidamente calificado que dio asesoramiento a la madre biológica, al cónyuge de la madre biológica (si lo hubiera) y al solicitante, o a cada solicitante conjunto, antes de que se hiciera el acuerdo de maternidad subrogada;

i) del consejero independiente y debidamente calificado que, a los efectos de la solicitud, entrevistó a la madre biológica, al cónyuge de la madre biológica (si lo hubiere), a otro progenitor biológico (si lo hubiere) y al solicitante, o a los solicitantes conjuntos; y

ii) La verificación de un informe de orientación sobre la subrogación preparado por el consejero;

j) para cada solicitante que sea mujer, una declaración jurada de un médico debidamente calificado en la que se verifique un informe preparado por el médico en el que se explique por qué el solicitante es una mujer elegible.

Fuente: *Surrogacy Act* 2010. Sección 25.

²³ Sección 22.

En el caso de nacimientos múltiples, la Corte puede dictar una sentencia para declarar la paternidad en favor del solicitante o solicitantes conjuntos, sólo si también declara el parentesco de cada hermano biológico del niño a favor del solicitante o de los solicitantes²⁴.

La sentencia deberá establecer que:

- El niño se convierte en hijo del padre o la madre comitentes²⁵ y estos, se convierten en el padre, o padres, del niño; y el niño deja de ser hijo de un padre biológico y el padre biológico deja de ser padre del niño.
- Otras relaciones son determinadas de acuerdo al punto anterior²⁶.

Un acuerdo de subrogación no es exigible por ley. Sin embargo, una obligación en virtud de un acuerdo de subrogación para pagar o reembolsar los costos de subrogación de la madre biológica es exigible, a no ser que la madre biológica no renuncie a la custodia y tutela del niño en favor del padre contratante; o en una solicitud (si corresponde) para una orden de filiación en relación con el niño, no consiente en la realización de la misma²⁷.

Una persona no debe prestar intencionadamente un servicio técnico, profesional o médico a otra persona si sabe que la otra es o tiene la intención de ser, parte de un acuerdo de subrogación comercial. La pena máxima, es una multa de 100 unidades o 3 años de prisión. No comete una ofensa si se ayuda a una mujer después de haber quedado embarazada²⁸.

2. Canadá

En Canadá, la **Ley de Reproducción Humana Asistida o *Assisted Human Reproduction Act, AHRA***, aprobada el año 2004 prohíbe expresamente pagar tanto a la madre subrogada, como a los intermediarios, pero no la subrogación altruista.

Según la norma, la madre sustituta es aquella mujer que con la intención de entregar al niño al nacer a un donante u otra persona, lleva un embrión o un feto, concebido a través de un procedimiento de reproducción asistida y derivado de los genes de un donante o donantes.

La ley, también establece una serie de prohibiciones. Establece que no se debe aconsejar o inducir a una mujer para que se convierta en madre sustituta, ni realizar ningún procedimiento médico para ayudar a una mujer a convertirse en tal, ya sea sabiendo o teniendo razones para creer que ésta es menor de 21 años²⁹.

²⁴ Sección 24.

²⁵ Se refiere a los padres que realizan un contrato con una madre sustituta, con el fin de que previa inseminación de ésta o transferencia de un embrión fecundado in vitro, para que lleve a cabo la gestación del hijo de estos. Fuente: Regalado, Torres, María Desirée. Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada.

²⁶ Sección 39.

²⁷ Sección 15.

²⁸ Sección 58.

²⁹ *Assisted Human Reproduction Act 2004. Justice Law Website.*

Asimismo, está prohibido pagar o anunciar que se le pagará una contraprestación a una mujer por ser madre sustituta. Ninguna persona aceptará la consideración por la organización de los servicios de una madre sustituta, ni ofrecerá hacer tal acuerdo o publicitará la organización de dichos servicios.

Del mismo modo, está prohibido comprar o anunciar la compra de esperma u óvulo de un donante o una persona que actúe en nombre de un donante o; de una célula o gen humano de un donante o una persona que actúe en nombre de un donante, con la intención de utilizar el gen o célula para crear un ser humano o de ponerlo a disposición para ese fin.

En virtud de la Ley AHR una gestante sustituta puede ser reembolsada por los gastos directamente relacionados con su embarazo y generalmente se necesita un recibo. Esto incluye gastos por concepto de ropa de maternidad, viajes para citas médicas y medicamentos.

Está prohibido reembolsar a una madre sustituta por una pérdida de ingresos relacionados con el trabajo, incurrida durante su embarazo, a menos que un médico certifique, por escrito, que continuar trabajando puede suponer un riesgo para su salud y / o la salud del embrión o feto³⁰.

Cualquier persona en Canadá que infrinja la ley en virtud de la Ley AHR está cometiendo un delito. De ser declarada culpable, la persona podría ser multada con hasta \$ 500.000 dólares canadienses o encarcelada por hasta diez años, o ambos³¹.

3. Estados Unidos de América (Florida)

La regulación legal de la subrogación en los Estados Unidos varía ampliamente de un estado a otro. A través de los cincuenta estados, los enfoques legales van desde la prohibición total hasta algunos enfoques más permisivos³².

En **Florida**, los Estatutos del Estado establecen en su sección 742.15, que antes de llevar a cabo el proceso de gestación subrogada, se debe realizar un contrato vinculante y ejecutable de subrogación gestacional entre la pareja solicitante y la sustituta gestacional. Un contrato no será vinculante ni ejecutable a menos que la sustituta tenga 18 años o más y la pareja que comisione esté legalmente casada y también tenga 18 años o más³³.

La pareja solicitante deberá celebrar un contrato con una sustituta gestacional sólo cuando un médico certifique con razonable certeza médica que la madre subrogada no puede físicamente llevar un embarazo a término, la gestación causaría un riesgo para la salud física de la madre o la gestación causaría un riesgo para la salud del feto³⁴.

³⁰ *Ibíd.*

³¹ *Ibíd.*

³² *Columbia University. Columbia Law School Sexuality & Gender Law Clinic. Surrogacy Law and Policy in the U.S. A National Conversation Informed by Global Lawmaking.* 2016.

³³ *The 2018 Florida Statutes. 742.15 Gestational surrogacy contract.*

³⁴ *Ibíd.*

El contrato de sustitución gestacional debe incluir las siguientes disposiciones:

- La pareja solicitante debe estar de acuerdo en que el sustituto gestacional, será la única fuente de consentimiento con respecto a la intervención clínica y el manejo del embarazo.
- La sustituta gestacional acepta someterse a una evaluación y tratamiento médico razonable y a seguir instrucciones médicas sobre su salud prenatal.

La sustituta gestacional acuerda renunciar a cualquier derecho parental sobre el niño o niña y proceder con los procedimientos judiciales prescritos en la sección 742.16³⁵.

La pareja encargada se compromete a aceptar la custodia y asumir todos los derechos y responsabilidades parentales sobre el niño o niña inmediatamente después del nacimiento, independientemente de cualquier problema del mismo.

- La sustituta de la gestación acuerda asumir los derechos y responsabilidades parentales de los padres con respecto al niño o niña que ha nacido, si se determina que ninguno de los miembros de la pareja es el padre genético del niño.

Como parte del contrato, la pareja solicitante puede acordar pagar sólo los gastos de vida, legales, médicos, psicológicos y psiquiátricos razonables de la sustituta que están directamente relacionados con los períodos prenatal-intraparto y posparto³⁶.

4. México

En México la gestación subrogada ha sido regulada en Estados como Tabasco y Sinaloa.

En el artículo 92 del Código Civil de **Tabasco**, se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso.³⁷

Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustituta, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su esposo, el Oficial del Registro Civil no podrá registrar como padre a otro que no sea el mismo marido, excepto que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare.³⁸

³⁵ En el plazo de 3 días después del nacimiento de un niño a quien se le dio un sustituto gestacional, la pareja encargada deberá solicitar al tribunal de jurisdicción competente una afirmación acelerada del estado paterno. Una vez presentada la petición, el tribunal fijará una hora y un lugar para escuchar la petición, que puede ser inmediatamente después de la presentación de la petición.

³⁶ *The 2018 Florida Statutes. 742.15 Gestational surrogacy contract.*

³⁷ Código Civil del Estado de Tabasco.

³⁸ *Ibíd.*

El mismo corpus incluye un capítulo referido a la gestación asistida y subrogada³⁹. Así, el artículo 380 Bis 1, establece que "la gestación por contrato se efectuará a través de la práctica médica, mediante la cual una mujer gesta el producto fecundado por los padres contratantes, cuando la madre pactante padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero"⁴⁰.

Respecto de las formas de gestación por contrato, el artículo 380 Bis 2, indica que éstas pueden ser:

- Subrogada, que implica que la gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos y que, después del parto, entregue el recién nacido a la madre contratante mediante adopción plena y;
- Sustituta, que implica que la gestante sea contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión obtenido por la fecundación de gametos de la pareja o persona contratante.

Será la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado, quien determinará el perfil clínico, psicológico y social de la madre gestante, previamente a su contratación, a fin de comprobar que su entorno social sea estable, libre de violencia y su condición física y psicológica sea favorable para el adecuado desarrollo de la gestación⁴¹.

Entre los requisitos para la gestante, se encuentran tener entre veinticinco y hasta treinta y cinco años de edad, buena salud bio-psicosomática y el haber dado su consentimiento de manera voluntaria para ser gestante subrogada o sustituta. Además, no debe haber estado embarazada durante los 365 días previos a la implantación de la mórula o participado en más de dos ocasiones consecutivas en dicho procedimiento, lo que no impediría que pueda donar el óvulo para la fecundación in vitro o portar al producto fecundado en su vientre mediando conocimiento del cónyuge o concubino.

Se establece que en caso de que la gestante sustituta o su cónyuge demanden la paternidad o maternidad, solamente podrán recibir, previo reconocimiento de su cónyuge, la custodia del producto de la inseminación, únicamente cuando se acredite la incapacidad o muerte de la madre o padre contratantes⁴².

Para la realización del contrato de gestación deberá constar de manera indubitable y expresa la voluntad de las partes. Este debe ser firmado ante notario público por la madre y el padre contratantes con la gestante y, si fuera el caso, su cónyuge o concubino, así como un intérprete. El notario público, estará obligado a exigir de los contratantes la presentación del dictamen médico que demuestre el cumplimiento de los requisitos y condiciones exigidas.

Las instituciones que brinden atención obstétrica, en razón del procedimiento de reproducción asistida, deberán informar el nacimiento a la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado, durante las primeras veinticuatro horas de ocurrido el mismo y el tipo de atención brindada. Esta notificación deberá incluir la copia del certificado de nacimiento del o los recién nacidos⁴³.

³⁹ Capítulo VI Bis.

⁴⁰ *Ibíd.*

⁴¹ Artículo 380 Bis 3.

⁴² *Ibíd.*

⁴³ *Ibíd.*

Existen algunas circunstancias que ocasionarían la nulidad del contrato de gestación, tales como, la existencia de algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas, el no cumplimiento de los requisitos exigidos, el establecimiento de compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del niño y la dignidad humana; la intervención de agencias, despachos o terceras personas; y de compromisos o cláusulas que contravengan el orden social y el interés público.⁴⁴

La nulidad del documento no exime a las partes contratantes de las responsabilidades adquiridas y derivadas de su existencia.

Para suscribir un contrato de gestación, las partes deben haber cumplido previamente ciertos requisitos que incluyen ser ciudadanos mexicanos; tener plena capacidad de goce y ejercicio de sus derechos, la acreditación por parte de la mujer contratante y, vía certificado médico, de su imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero, además de tener entre 25 y 45 años de edad; y la aceptación de la mujer gestante de implantar en su útero la mórula, junto con concluir la relación contratada, respecto al o los recién nacidos y los padres contratantes una vez producido el nacimiento.⁴⁵

Los padres contratantes deben garantizar una póliza de seguro de gastos médicos mayores a favor de la gestante.⁴⁶

El contrato de gestación carece de validez cuando haya existido error o dolo respecto a la identidad de los padres contratantes por parte de la mujer gestante, en cuyo caso están facultados para demandar civilmente los daños y perjuicios ocasionados y presentar denuncias penales.⁴⁷

Por su parte, el Código Familiar del estado de **Sinaloa** (Decreto N° 742), permite la gestación subrogada la que es definida, como "la práctica médica mediante la cual una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando ésta padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento".⁴⁸

La maternidad de sustitución puede ser total, parcial, onerosa o altruista. La total, implica que la mujer gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos, y que después de la gestación y el parto, entregue el hijo a la pareja o persona contratante. La subrogación parcial, se da cuando la gestante es contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado in vitro que le ha sido trasplantado, pero que proviene de la unión de espermatozoide y óvulo de la pareja o persona contratante. La onerosa, se produce cuando una mujer acepta embarazarse en lugar de otra, tal y como si se tratase de un servicio, por el cual se paga una cantidad cierta y determinada, además de los gastos

⁴⁴ Artículo 380 Bis 4.

⁴⁵ Artículo 380 Bis 5.

⁴⁶ Artículo 380 Bis 7.

⁴⁷ *Ibíd.*

⁴⁸ Registro Sinaloense de Trámites y Servicios. Código Familiar del estado de Sinaloa. Artículo 283.

de la gestación y la subrogación altruista, ocurre cuando una mujer acepta gestar por cuenta de otra de manera gratuita.⁴⁹

La gestante no podrá padecer ninguna toxicomanía y deberá acreditar vía dictamen médico que no estuvo embarazada durante los 365 días previos a la implantación de la mórula, y que no ha participado en más de dos ocasiones consecutivas en dicho procedimiento⁵⁰.

El instrumento de maternidad subrogada será firmado por la madre y padre subrogados, la madre subrogada gestante, el intérprete si fuera necesario uno, el Notario Público, el director de la clínica o centro hospitalario quedando asentados el lugar, año, mes, día y hora en que hubiere sido otorgado.⁵¹ Para suscribir un contrato de gestación, las partes deben cumplir con ciertos requisitos que incluyen ser ciudadanos mexicanos; poseer capacidad de goce y ejercicio, la acreditación por parte de la madre subrogada y, vía certificado médico, de su imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero; y la aceptación de la mujer gestante de implantar en su útero la mórula, junto con concluir la relación contratada, respecto a la persona menor y los padres subrogados con el nacimiento.⁵²

Las circunstancias que ocasionarían la nulidad del contrato de gestación son, al igual que en el Estado de Tabasco, la existencia de algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas, el no cumplimiento de los requisitos exigidos, el establecimiento de compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del niño y la dignidad humana, la intervención de agencias, despachos o terceras personas, y de compromisos o cláusulas que contravengan el orden social y el interés público.

Se establece que una vez que se suscriba el instrumento, deberá ser notificado a la Secretaría de Salud y al oficial del registro civil, para que el estado de la persona menor nacida, sea contemplado en su filiación como hijo desde el momento de la fecundación de sus progenitores biológicos, es decir, madre y padre o madre subrogados⁵³.

Se establecen responsabilidades civiles y penales para aquellos médicos que realicen la implantación o fecundación de embriones humanos sin el consentimiento y plena aceptación de las partes que intervienen.⁵⁴

⁴⁹ Artículo 284.

⁵⁰ Artículo 285.

⁵¹ Artículo 287.

⁵² Artículo 290.

⁵³ Artículo 293.

⁵⁴ Artículo 297.

5. Sudáfrica

En Sudáfrica, la maternidad subrogada está regulada en los artículos 292 a 303 de **la Ley de la Infancia N°38 o *Children's Act 38***⁵⁵ del año 2005, que admite tan sólo su modalidad altruista, pero permitiendo abonar a la madre subrogada los gastos derivados del trámite (médicos, hospitalarios, etc.), así como los ingresos que la gestante dejara de percibir como consecuencia de la gestación⁵⁶.

Se requiere que los acuerdos de subrogación se realicen por escrito y que sean confirmados por los Tribunales⁵⁷. Respecto de los efectos de un acuerdo de maternidad subrogada en el estatus de un menor de edad, se puede mencionar que cualquier hijo de madre subrogada o gestante, será hijo del padre o padres comitentes o contratantes desde el momento de su nacimiento. La madre subrogada, esposo u otros parientes no tienen derechos de parentesco o cuidados sobre el menor de edad; tampoco derecho de contactarlo a menos que esto haya sido establecido en el acuerdo entre las partes⁵⁸.

Los comitentes podrán ser una persona individual o una pareja, pero se requiere que los gametos de al menos uno de ellos, sean utilizados para la concepción⁵⁹. Se exige, asimismo, que el o los comitentes no sean capaces de dar a luz a un niño o niña por motivos permanentes e irreversibles, y que la madre gestante tenga al menos un hijo propio. En caso de que la madre subrogada haya aportado su propio óvulo para la fertilización, tendrá derecho a romper el acuerdo de subrogación y reclamar el hijo para sí, sin incurrir en ninguna responsabilidad al respecto, debiendo tan sólo devolver a los padres comitentes los gastos que éstos le hayan abonado durante el embarazo⁶⁰. Esto debe hacerse en cualquier momento dentro del periodo de 60 días después del nacimiento del niño, llenando un aviso por escrito en la corte.

Si la madre pone término al acuerdo de subrogación antes de que el niño o niña nazca, éste será hijo de la madre subrogante, su esposo o pareja (si lo tuviera), o, en su defecto, el padre comisionado, desde el momento del nacimiento del niño o niña⁶¹.

6. Uruguay

La **Ley 19.167 de regulación de las técnicas de reproducción humana asistida**, norma los procedimientos o técnicas acreditadas científicamente, así como los requisitos que deben cumplir las instituciones públicas y privadas que las realicen⁶².

Respecto de la gestación subrogada, la normativa señala que serán absolutamente nulos los contratos a título oneroso o gratuito entre una pareja o mujer que provea gametos o embriones, sean estos propios

⁵⁵ *Children's Act 38. Department of Justice and Constitutional Development. Republic of South Africa. Año 2005.*

⁵⁶ *Ibíd.* Artículo 301.

⁵⁷ *Ibíd.* Artículo 292.

⁵⁸ *Ibíd.* Artículo 297.

⁵⁹ *Ibíd.* Artículo 294.

⁶⁰ *Ibíd.* Artículo 298.

⁶¹ *Ibíd.* Artículo 299.

⁶² Ley 19167. Regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. 29 de Noviembre de 2013. IMPO. Centro de Información Oficial.

o de terceros para la gestación en el útero de otra mujer, obligando a esta a entregar el nacido a la otra parte o a un tercero⁶³. No obstante lo anterior, la maternidad subrogada está permitida cuando exista un impedimento médico de la madre para gestar un embrión propio por enfermedades genéticas o adquiridas. En este caso, la mujer podrá acordar con un familiar suyo de segundo grado de consanguinidad, o de su pareja, la implantación y gestación del embrión propio⁶⁴.

La incapacidad referida deberá ser diagnosticada por el equipo tratante, el que deberá elevar un informe a la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida para su conocimiento, la que evaluará si se cumplen las condiciones establecidas para su realización.

La filiación del nacido corresponderá a quienes hayan solicitado y acordado la subrogación de la gestación⁶⁵.

III. Efectos de la maternidad subrogada en la mujer gestante

Respecto a los efectos que la maternidad subrogada podría tener en la mujer gestante, algunos estudios citan consecuencias de carácter psicológico, físico y social.

1. Efectos psicológicos

En relación a éstas, un artículo de Díaz Pérez MA, Neri-Vidaurre P. Aspectos psicológicos en infertilidad y gestación subrogada, señala como efecto psicológico que, aunque la madre sustituta elige serlo por motivos altruistas o por una retribución económica y está consciente que deberá entregar el niño al nacer, se establece un vínculo madre-hijo que produce que a veces sea difícil entregarlo⁶⁶.

2. Entorno familiar y social

Respecto a los efectos en el entorno familiar y social, la decisión de una mujer en convertirse en gestante subrogada para otras personas “ha tenido efectos positivos en su propia familia, en especial en sus hijos o por lo menos no ha existido un impacto negativo. Por su parte, en relación a los maridos o parejas, los estudios muestran que generalmente hay una visión positiva y de apoyo en torno a la decisión de la mujer”⁶⁷. No obstante, otros estudios señalan que la desaprobación por parte de la familia, en especial la extensa, y de los amigos, se da en mayor medida⁶⁸.

⁶³ *Ibíd.* Artículo 25.

⁶⁴ *Ibíd.*

⁶⁵ *Ibíd.* Artículo 27.

⁶⁶ Díaz Pérez MA, Neri-Vidaurre P. Aspectos psicológicos en infertilidad y gestación subrogada. Revista Mexicana de Medicina de la Reproducción. México, Octubre 2015; 8(2):101-129. Pág. 112.

⁶⁷ Bacuñana Garde, Mónica. Gestación subrogada: Aspectos emocionales y psicológicos en la mujer gestante. Pág. 44.

⁶⁸ *Ibíd.* Pág. 45

La madre sustituta, en forma altruista o por retribución económica, tendrá que modificar su vida laboral, familiar, incluso personal para acudir a citas médicas y seguir protocolos para los procedimientos de reproducción asistida⁶⁹.

Las mujeres podrían ver disminuida su independencia, ya que en los contratos de gestación existen restricciones en el estilo de vida de la gestante, lo que puede generar una sensación de falta de control sobre su propia vida y lo que está ocurriendo⁷⁰.

3. Implicancias en la salud

En el aspecto físico, se debe considerar que la maternidad subrogada supone un largo proceso que implica a varias personas y requiere varios tipos de procedimientos: la obtención de los gametos: óvulos y espermatozoides, la producción de los embriones mediante FIV, y su transferencia al útero de la mujer contratada para la gestación. En cada una de estas fases pueden producirse problemas⁷¹.

La estimulación ovárica es un tratamiento agresivo para la fisiología femenina ya que fuerza un tipo de ovulación múltiple, con el fin de obtener en un ciclo el mayor número de óvulos para su uso posterior en la FIV. El método habitual consiste en un tratamiento con gonadotropina coriónica humana (hCG) para activar la ovulación. La administración de la hCG para ayudar a activar la ovulación puede inducir el llamado “síndrome de hiperestimulación ovárica” (OHSS) que puede tener menor o mayor gravedad y puede llegar a afectar al 10% de las mujeres que donan sus óvulos⁷².

El OHSS es una complicación iatrogénica⁷³ de la tecnología de reproducción asistida que se caracteriza por el agrandamiento quístico de los ovarios y una expulsión de fluido del espacio intravascular debido a un aumento de la permeabilidad capilar y otros factores. La mayoría de las mujeres que padecen la afección tienen síntomas tales como distensión abdominal, dolor leve en el abdomen y aumento de peso. En algunos casos, las mujeres pueden tener síntomas más serios, como aumento considerable de peso, dolor intenso o hinchazón en el abdomen, disminución de la micción y dificultad para respirar⁷⁴.

4. Cambios emocionales

Nicolás Jouve de la Barreda, señala en *Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada* que durante el embarazo no sólo se producen cambios fisiológicos sino también emocionales. Agrega que estudios han establecido que existen manifestaciones emocionales propias del embarazo, tales como, sentimientos de tipo depresivo, como una forma de ajuste a la nueva situación y que incluyen

⁶⁹ Díaz Pérez MA, Neri-Vidaurre P. Aspectos psicológicos en infertilidad y gestación subrogada. *Revista Mexicana de Medicina de la Reproducción*. México, Octubre 2015; 8(2):101-129. Pág. 112.

⁷⁰ *Ibíd.* 45.

⁷¹ Jouve de la Barreda, Nicolás. *Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada*. Cuadernos de bioética XXVIII 2017/2°. Pág. 156.

⁷² *Ibíd.* Pág. 157.

⁷³ También conocida como Yatrogenia, se refiere a reacciones adversas producidas como consecuencia del uso de medicamentos o de un determinado tratamiento médico. Fuente: Clínica Universidad de Navarra

⁷⁴ Jouve de la Barreda, Nicolás. *Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada*. Cuadernos de bioética XXVIII 2017/2°. Pág. 157.

fluctuaciones en el estado de ánimo, hipersensibilidad emocional, inestabilidad, preocupación y somatizaciones. Al mismo tiempo, existe tristeza por la pérdida del estado anterior, así como por la pérdida de atractivo físico y de la independencia⁷⁵.

Fuentes normativas

Australia

- *International Surrogacy Arrangements. Department of Home Affairs. Australian Government.* Disponible en: <https://immi.homeaffairs.gov.au/citizenship/become-a-citizen/by-descent/international-surrogacy-arrangements> (Julio, 2019)
- *Penalty Units. Territory Revenue Office.* Disponible en: <https://nt.gov.au/employ/money-and-taxes/taxes,-royalties-and-grants/territory-revenue-office/penalty-units> (Julio, 2019)
- *Surrogacy Act 2010. Queensland Legislation.* Disponible en: <https://www.legislation.qld.gov.au/view/html/inforce/current/act-2010-002> (Julio, 2019)

Canadá

- *Assisted Human Reproduction Act 2004. Justice Law Website.* Disponible en: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/A-13.4/FullText.html> (Julio, 2019)

Estados Unidos de América

- *Columbia University. Columbia Law School Sexuality & Gender Law Clinic. Surrogacy Law and Policy in the U.S: A National Conversation Informed by Global Lawmaking.* 2016. Disponible en: https://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/gender-sexuality/files/columbia_sexuality_and_gender_law_clinic_-_surrogacy_law_and_policy_report_-_june_2016.pdf (Julio, 2019)
- *The 2018 Florida Statutes. 742.15 Gestational surrogacy contract.* Disponible en: <http://bcn.cl/2aq3t> (Julio, 2019)

México

- Código Civil del Estado de Tabasco. Disponible en: <https://app.vlex.com/#vid/43451907> (Julio, 2019)
- Registro Sinaloense de Trámites y Servicios. Código Familiar del estado de Sinaloa. Disponible en: <http://cosala.tramitessinaloa.gob.mx/Content/Archivos/TiposTramites/Sistema/TMTOJ-2558.pdf> (Julio, 2019)

Sudáfrica

- *Children's Act 38 of 2005. Department of Justice and Constitutional Development. Republic of South Africa.* Disponible en: <http://www.justice.gov.za/legislation/acts/2005-038%20childrensact.pdf> (Julio, 2019)

Uruguay

- Ley 19167. Regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. 29 de Noviembre de 2013. IMPO. Centro de Información Oficial. Disponible en: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19167-2013> (Julio, 2019)

Referencias Generales

⁷⁵ *Ibíd.* 42.

- Bascuñana Garde, Mónica. Gestación subrogada: Aspectos emocionales y psicológicos en la mujer gestante, en Rosana Triviño Caballero: Cuestiones abiertas sobre la gestación subrogada. Dilemata, Revista Internacional de Ética Aplicadas, N° 28. Disponible en: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-91112017000600539 (Julio, 2019)
- Díaz Pérez MA, Neri-Vidaurre P. Aspectos psicológicos en infertilidad y gestación subrogada. Revista Mexicana de Medicina de la Reproducción. México, Octubre 2015; 8(2):101-129. Disponible en: https://nietoeditores.com.mx/nieto/Reproduccion/2015/oct-dic/aspectos_psicologicos.pdf (Julio, 2019)
- Jouve de la Barreda, Nicolás. Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada. Cuadernos de bioética XXVIII 2017/2°. Disponible en: <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/153.pdf> (Julio, 2019)
- Maternidad subrogada. Visión actual. Observatorio de Bioética Instituto de Ciencias de la Vida. Universidad Católica de Valencia. 7 de Abril de 2017. Disponible en: <https://www.observatoriobioetica.org/2017/04/maternidad-subrogada-vision-actual/18937> (Julio, 2019)
- ONU. Consejo de Derechos Humanos. 37º Período de Sesiones. Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños. Disponible en: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/37/60&referer=/english/&Lang=S (Julio, 2019)
- Proceso, tipos y costes de la maternidad subrogada. Aeges. Disponible en: <http://aeges.es/maternidad-subrogada-proceso-tipos-costes/> (Julio, 2019)
- Virginia Hebrero. (28 de Marzo de 2017). Proponen prohibir en Rusia los vientres de alquiler hasta regularlos mejor. Agencia EFE. Disponible en: <https://www.efe.com/efe/espana/sociedad/proponen-prohibir-en-rusia-los-vientres-de-alquiler-hasta-regularlos-mejor/10004-3221136#> (Julio, 2019)
- Proyecto de Ley que Regula la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida. Disponible en: http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=11576-11 (Julio, 2019)
- Proyecto de Ley que Modifica el Código Civil para determinar la identidad de niños y niñas nacidos en gestación subrogada, Boletín 12106-07. Disponible en: https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=12624&prmBoletin=12106-07 (Julio, 2019)
- Regalado, Torres, María Desirée. Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada. Femeris, Vol. 2, N°2, 2016. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/femeris.2017.3756> (Julio, 2019)
- Vientres de Alquiler. Maternidad subrogada. Una nueva forma de explotación y de tráfico de personas. Abril de 2015. Disponible en: <http://profesionalesetica.org/wp-content/uploads/2015/06/V-aquiler-web.pdf> (Julio, 2019)
- Vilar González, Silvia. Situación actual de la gestación por sustitución. Revista de Derecho UNED, Núm. 14, 2014. Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:RDUNED-2014-14-7290/Documento.pdf> (Julio, 2019)
- Yatrogenia. Clínica Universidad de Navarra. Disponible en: <https://www.cun.es/diccionario-medico/terminos/yatrogenia> (Julio, 2019)

Disclaimer

Asesoría Técnica Parlamentaria, está enfocada en apoyar preferentemente el trabajo de las Comisiones Legislativas de ambas Cámaras, con especial atención al seguimiento de los proyectos de ley. Con lo cual se pretende contribuir a la certeza legislativa y a disminuir la brecha de disponibilidad de información y análisis entre Legislativo y Ejecutivo.



Creative Commons Atribución 3.0 (CC BY 3.0 CL)