

### LA GESTACIÓN SUBROGADA. EL DERECHO NO RECONOCIDO PARA LOS BAJACALIFORNIANOS. CONSIDERACIONES EN SU LEGISLACIÓN

SANDRA ELENA VENEGAS NEVAREZ\*

#### RESUMEN

La legislación vigente en el estado de Baja California no cumple con las directrices y mandatos que, tanto en la normativa internacional, como en la Constitución Federal se han establecido, para garantizar y contemplar aquellas situaciones que para los bajacalifornianos se han convertido en necesidades; tal y como es el caso de la gestación subrogada. Este es un método utilizado por aquellas personas que desean procrear un hijo, pero que, por cuestiones ajenas, y/o personales, se han visto imposibilitados para hacerlo.

La gestación subrogada es un método de reproducción surgido en consecuencia de los avances de la ciencia y la tecnológica que, bien implementado, no vulnera los derechos ni el bienestar de las personas. Por ello, resulta indispensable que el ordenamiento legal del estado de Baja California se adapte a la realidad actual y establezca que la gestación subrogada es una “nueva figura jurídica”, derivada de los derechos humanos reconocidos tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y tratados internacionales.

---

\* Nace en la Ciudad de Mexicali, Baja California en 1992, lugar donde actualmente reside. Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Baja California. Maestra en Ciencias Jurídicas por la Universidad Autónoma de Baja California. Investigadora, Abogada postulante, que presta servicios al sector público y privado.



**PALABRAS CLAVE:** Gestación subrogada, legislación Baja California, padres de intención, madre sustituta, Ley de reproducción asistida, voluntad procreacional, contrato de gestación subrogada, Ley de protección de maternidad, derecho a la maternidad, libertad de reproducción, libertad de procreación, Tabasco, Sinaloa.

**ABSTRACT**

The current Baja California legislation does not comply with the international and constitutional framework established to guarantee the situations that for Baja Californians have become necessities; such as the case of surrogacy. This is the method used by those who wish to procreate a child, but are unable to archive their purpose, due to external and / or personal reasons. Since surrogacy is a method of reproduction that arose as a result of advances in science and technology, and well implemented, it does not violate the rights or well-being of people, it is essential that the legal system of the state of Baja California adapts to the current reality and establishes that surrogacy is a “new legal figure”, derived from the human rights recognized both in the Political Constitution of the United Mexican States and international treaties.

**KEYWORDS:** Surrogacy, Baja California legislation, intended parents, surrogate mother, Assisted reproduction law, procreation will, surrogacy contract, Maternity protection law, right to motherhood, freedom of reproduction, freedom of procreation, Tabasco, Sinaloa.

## INTRODUCCIÓN

A pesar de que existe una alternativa científica que le otorga a toda persona la posibilidad de procrear los hijos deseados, resultando posible aun y cuando se presente alguna problema biológico o psicológico que le impida por si o en sí mismos lograr la reproducción; en la actualidad lo único que le hace imposible a la persona gozar de su derecho a la libre reproducción, es la legislación en el estado de Baja California, al no establecer que la gestación subrogada es un método viable y legal para lograr dicho cometido.

Es el caso que la gestación subrogada es un método que hace posible que, a pesar de las circunstancias que les impidan lograr la procreación de sus hijos, las personas puedan concebir a través del vientre de una mujer que sustituya a otra en el embarazo; por tanto, actualmente solo debería ser necesario celebrar “un contrato por el cual una mujer acepte prestar su cuerpo para que le sea implantado un embrión ajeno llevando el embarazo a término”, por lo que algunas de las personas a las que no les es posible tener descendencia lo lograría.

La gestación subrogada es un método que presenta una alta demanda por la sociedad, convirtiéndose en una necesidad y/o camino ideal para aquella persona que desea lograr la procreación de hijos, por lo que al ser una exigencia social, las autoridades se encuentran obligadas a modificar su normativa, adaptando los lineamiento a la implementación de este método; puesto que al ignorar una práctica latente en la sociedad únicamente provoca una incertidumbre jurídica para todos los gobernados.

Así, el sistema normativo vigente en el estado de Baja California debe considerar la gestación subrogada como una forma de reproducción, contemplando las repercusiones que dicho método pudiera generar en las relaciones familiares.

#### LA GESTACIÓN SUBROGADA COMO MEDIO DE ACCESO A DERECHOS HUMANOS.

La gestación subrogada es un método que le permite a aquellas personas que, por diversas circunstancias no han podido procrear hijos, puedan lograr la concepción a través del vientre de una mujer que sustituya a otra en el embarazo. En ese sentido, podemos decir que, en la actualidad, solo debería ser necesario celebrar “un contrato por el cual una mujer acepte prestar su cuerpo para que le sea implantado un embrión ajeno llevando el embarazo a término”.<sup>1</sup> Así, todas y cada una de las personas podrían ejercer, de forma libre y sin limitación alguna, su derecho de procrear libremente y de formar una familia.

Sin embargo, para el estado de Baja California, la gestación subrogada aún sigue siendo una posibilidad que es imposible de alcanzar. Resultando lamentable, que la sociedad en este estado esté atada por sus legisladores, quienes a pesar de ser conscientes de que la ciencia proporciona nuevos métodos para realizar sus deseos y/o convicciones, actualmente no se haya implementado una normativa que incluya a la maternidad subrogada, como un forma de reproducción.

Así, es claro que aquel deseo que pudiera llegar a tener una persona, por ser padre o madre debe ser protegido y tutelado como un derecho humano, e incluso, de impedirse la práctica de un método de reproducción, tal y como lo es la gestión subrogada, la persona se encontraría en una restricción o privatización del goce a derechos como la libre procreación, la formación de una familia y al acceso a los avances científicos y tecnológico; mismos que han sido re-

---

<sup>1</sup> Muñoz, María Richard, *Maternidad subrogada*, Congreso virtual interinstitucional, Los Grandes Problemas Nacionales, Universidad Autónoma de Nuevo León, Centro Parlamentario, México, 2008, p. 3. Artículo.

conocidos en la normativa internacional y federal vigente en nuestro país.

De igual forma, la gestación subrogada, es un método que le permite a las personas gozar plenamente de su derecho a la reproducción, el Estado debe proteger y en ningún momento limitarlo, ya que como se encuentra establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, se deben adoptar las medidas necesarias para que todo individuo pueda gozar plenamente de sus derechos.

Asimismo, la gestación subrogada, es un método que ha surgido de la mano con el avance de la ciencia y tecnología, teniendo entonces las personas el derecho de usar y participar en el progreso científico, así como los beneficios que deriven de dichos avances.<sup>2</sup> Reiterando que, de continuar el estado estableciendo limitaciones o restricciones para su implementación, se encuentra incumpliendo con obligaciones establecidas en tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Por todo lo anterior, se afirma que para algunas personas, solo les es posible lograr un desarrollo pleno con la procreación de hijos, lo cual solo pueden con la implementación de los métodos creados por la ciencia y tecnología. Además, la existencia de normativas como las vigentes en el estado de Baja California, vulneran los derechos humanos plenamente reconocidos y tutelados, incumpliendo con obligaciones de tutela y protección, así como el proporcionar los mecanismos de acceso para la implementación de dichas prerrogativas.

---

<sup>2</sup> Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, “Declaración universal sobre derechos humanos, Artículo 27: 1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”, diciembre de 1948.

## EL MARCO NORMATIVO ACTUAL EN EL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA

Aun y cuando el sistema normativo en el estado de Baja California ha sido reformado en múltiples ocasiones, buscando resolver las problemáticas sociales que se presentan en el momento, en la actualidad, la gestación subrogada continua siendo un método que no ha sido contemplada; hecho que también vulnera los derechos humanos que a las personas se les han reconocido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y diversas normativas internacionales.

Asimismo, al analizar el sistema normativo vigente en el estado de Baja California, se advierte que, aunque la gestación subrogada es un método no contemplado, esta es una figura compatible con el resto de las disposiciones; tal y como se desprende de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California donde se afirma que, en el estado se “acata plenamente y asegura a todos sus habitantes los derechos humanos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte”.<sup>3</sup>

En ese sentido, si en el estado de Baja California se aplicara lo establecido en su disposición constitucional, las autoridades se encuentran obligadas a garantizar y proteger el derecho que tiene toda persona a su libertad personal, protección a la honra y dignidad, libre procreación, libre acceso a los avances científicos y tecnológicos, así como a la formación de una familia, por encontrarse estos reconocidos (y enunciados expresamente) en la normativa federal e internacional.

---

<sup>3</sup> Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 7, febrero de 1917, última reforma en agosto de 2019, [http://www.congresobc.gob.mx/Parlamentarias/TomosPDF/Leyes/Tomo\\_I/20191017\\_Constbc.pdf](http://www.congresobc.gob.mx/Parlamentarias/TomosPDF/Leyes/Tomo_I/20191017_Constbc.pdf).

Aunado a lo anterior, el 18 de octubre de 2013, en el estado de Baja California se publicó la Ley de Protección a la Maternidad, por la cual se estableció que la maternidad es un derecho inherente a toda mujer, y por tanto, una obligación para la autoridad de establecer formas para que le garantice a las personas el goce de este. Debiendo asegurar que en la normativa no exista ningún tipo de impedimento o vulneración para aquella mujer que pretenda practicar la maternidad.

En razón de lo anterior, dentro de la misma normativa se encuentran establecidos lineamientos que toda autoridad debe poner en práctica y cuya finalidad es proteger la maternidad, resaltando dentro de ellos, el que a la letra expresa: “Artículo 5.- Toda mujer tiene derecho a la maternidad. Para tales efectos, el Gobierno de Baja California brindará las condiciones necesarias para hacer efectiva esta protección”.

En consecuencia, el actual marco normativo del estado de Baja California no contempla a la gestación subrogada como un método de reproducción, sin embargo, de los lineamientos se desprende que la reproducción, la maternidad, el acceso a los medios científicos y tecnológicos son derechos de la sociedad, y por tanto, la necesidad de adaptar la normativa a una realidad.

#### EL NUEVO MARCO NORMATIVO EN EL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA

Al analizarse el sistema normativo en el estado de Baja California, se advierte la necesidad que se tiene de establecer lineamientos idóneos para que toda persona pueda tener acceso a su reproducción, implementando si es necesario métodos como la gestación subrogada; generándose por medio

de esta, un vínculo filial entre el niño nacido y los padres de intención, sean estos padre y padre, madre y madre, padre y madre, o bien sólo padre de intención o madre de intención.

Con independencia de lo anterior, no pasa desapercibido el hecho de que, mal empleada, la gestación subrogada se puede volver un método que se utilice para explotar a los intervinientes, incluso al niño procreado, sin embargo, esto no es una justificación para que en la gestación se omita su reconocimiento como una forma de reproducción; por el contrario, la exposición y vulneraciones que podría ocasionarse a los intervinientes, es lo que lleva a evidenciar que es aún más necesario que las autoridades le reconozcan a los ciudadanos su derecho a hacer uso de la gestación subrogada como forma de reproducción, y a su vez, otorgar un procedimiento regulado adecuadamente, garantizando que cada uno pueda ser protegido y tutelado bajo el marco de un sistema normativo idóneo.

La gestación subrogada debe dejar ser vista como un método de explotación de la mujer, o como en algunas ocasiones se le nombra “explotación de vientres”, pues la mujer que decide prestar su vientre la procreación del niño, lo deberá hacer de forma libre, voluntaria y sin engaño; gozando plenamente de su derecho a la libertad, libre expresión y autodeterminación. La mujer debe ser considerada como “un sujeto libre, autónomo y en grado de asumir plenamente las consecuencias que deriven del acuerdo subrogativo”.<sup>4</sup> Por ello, si una mujer consiente procrear por medio de este método, externa su deseo de que el niño concebido tenga vínculos de filiación con los padres de intención y no con ella; circunstancia que de igual forma debe encontrarse contemplada dentro de la normatividad.

<sup>4</sup> Callejas Arreguin, Norma Angélica, *Maternidad subrogada y la situación jurídica de las mujeres en México*, [https://www.uaeh.edu.mx/xiii\\_congreso\\_empoderamiento\\_fem/documentos/pdf/C033.pdf](https://www.uaeh.edu.mx/xiii_congreso_empoderamiento_fem/documentos/pdf/C033.pdf).



Tomando en consideración lo antes manifestado, así como las legislaciones existentes en México, es entonces que el marco normativo del estado de Baja California debe considerar, entre otras cosas, los derechos y obligaciones que tendrán los intervinientes en la gestación subrogada, dentro de los cuales resultaría ideal contemplar los siguientes:

- La mujer gestante, gestará el producto fecundado por los padres de intención.<sup>5</sup>
- La mujer gestante debe encontrarse en un entorno social estable, libre de violencia; y con una condición física y psicológica favorable para el desarrollo de la gestación.<sup>6</sup>
- Los padres de intención y la mujer gestante deben otorgar por escrito el consentimiento para gestar al niño que a su nacimiento será entregado a los padres de intención.<sup>7</sup>
- No participar en más de dos ocasiones consecutivas en un procedimiento de gestación subrogada.<sup>8</sup>
- Procurar el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el periodo gestacional.<sup>9</sup>

<sup>5</sup> Congreso del estado de Tabasco, “Código civil”, *artículo 380 Bis 1*, [http://documentos.congresotabasco.gob.mx/2017/legislativo/codigos/Codigo\\_Civil\\_para\\_el\\_Estado\\_de\\_Tabasco.pdf](http://documentos.congresotabasco.gob.mx/2017/legislativo/codigos/Codigo_Civil_para_el_Estado_de_Tabasco.pdf).

<sup>6</sup> Congreso del estado de Tabasco, “Código civil”, *artículo 380 Bis 3*, [http://documentos.congresotabasco.gob.mx/2017/legislativo/codigos/Codigo\\_Civil\\_para\\_el\\_Estado\\_de\\_Tabasco.pdf](http://documentos.congresotabasco.gob.mx/2017/legislativo/codigos/Codigo_Civil_para_el_Estado_de_Tabasco.pdf).

<sup>7</sup> Ídem.

<sup>8</sup> Congreso del estado de Tabasco, “Código civil”, *artículo 380 Bis 3*, [http://documentos.congresotabasco.gob.mx/2017/legislativo/codigos/Codigo\\_Civil\\_para\\_el\\_Estado\\_de\\_Tabasco.pdf](http://documentos.congresotabasco.gob.mx/2017/legislativo/codigos/Codigo_Civil_para_el_Estado_de_Tabasco.pdf).

<sup>9</sup> Ídem.

- Contar con una póliza para solventar los gastos originados en la atención del embarazo, parto y puerperio,<sup>10</sup> contratada por los padres de intención.
- La relación entre la mujer gestante y los padres de intención, así como el niño procreado, concluye con el nacimiento de este último.<sup>11</sup>
- La mujer gestante no puede recibir un pago en cantidad cierta y determinada por práctica de la gestación subrogada, lo cual será independiente de los gastos generados por el embarazo.

Asimismo, en la legislación también debe de contemplarse las medidas necesarias para que el niño procreado se encuentre protegido, ya que, aun y cuando el niño no tiene una intervención activa en la gestación subrogada, sí se encuentra relacionado de forma indirecta, al ser el producto de su implementación. Por este motivo, en el estado de Baja California se debe considerar una protección del niño, sin que esto implique una restricción a la voluntad de la mujer gestante y de los padres de intención; siendo posible considerar lineamientos como:

- La Secretaría de Salud del estado de Baja California garantizará que tanto los padres de intención como la mujer gestante gocen de un perfil clínico, psicológico y social adecuado o ideal para que el niño que será

<sup>10</sup> Congreso del estado de Tabasco, “Código civil”, *artículo 380 Bis 3*, [http://documentos.congresotabasco.gob.mx/2017/legislativo/codigos/Codigo\\_Civil\\_para\\_el\\_Estado\\_de\\_Tabasco.pdf](http://documentos.congresotabasco.gob.mx/2017/legislativo/codigos/Codigo_Civil_para_el_Estado_de_Tabasco.pdf).

<sup>11</sup> Congreso del estado libre y soberano Sinaloa, “Código familiar”, *artículo 283*, [www.congresosinaloa.gob.mx/images/congreso/leyes/zip/codigo\\_familiar\\_21-feb-2018.pdf](http://www.congresosinaloa.gob.mx/images/congreso/leyes/zip/codigo_familiar_21-feb-2018.pdf).

procreado, no se vea inmerso en alguna afectación o peligro durante su reproducción y crecimiento.<sup>12</sup>

- Toda autoridad en el ámbito de su competencia debe comprobar que el entorno en que se desarrollará el embarazo y en el que posteriormente crecerá el niño, sea estable y libre de violencia.<sup>13</sup>

- El instrumento en el cual se haga constar la voluntad de los intervinientes deberá ser suscrito ante notario público, pues al dotarlo de fe pública, otorga la certeza jurídica de que tanto la mujer gestante como los padres de intención cumplirán todas las obligaciones establecidas para proteger el interés y bienestar del niño.<sup>14</sup>

- Todos los acuerdos de gestación que se suscriban bajo compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del niño serán nulos.<sup>15</sup>

Por todo lo anterior, se advierte que en Baja California, toda persona es libre de ejercer su reproducción, por lo que en el sistema normativo no debe existir limitación o dificultades que, sin justificación, lo imposibilite, pues de ser así se vulnerarían los derechos humanos que le son inherentes a toda persona. Así, la autoridad no debe continuar ejerciendo y/o sustituyendo a las personas en la toma de decisiones, como lo son los métodos que implementan en su reproduc-

<sup>12</sup> Congreso del estado de Tabasco, “Código Civil”, artículo 380 Bis 3, [http://documentos.congresotabasco.gob.mx/2017/legislativo/codigos/Codigo\\_Civil\\_para\\_el\\_Estado\\_de\\_Tabasco.pdf](http://documentos.congresotabasco.gob.mx/2017/legislativo/codigos/Codigo_Civil_para_el_Estado_de_Tabasco.pdf).

<sup>13</sup> Ídem.

<sup>14</sup> Congreso del estado de Tabasco, “Código Civil”, artículo 380 Bis 3, [http://documentos.congresotabasco.gob.mx/2017/legislativo/codigos/Codigo\\_Civil\\_para\\_el\\_Estado\\_de\\_Tabasco.pdf](http://documentos.congresotabasco.gob.mx/2017/legislativo/codigos/Codigo_Civil_para_el_Estado_de_Tabasco.pdf).

<sup>15</sup> Congreso del estado de Tabasco, “Código Civil”, artículo 380 Bis 4, [http://documentos.congresotabasco.gob.mx/2017/legislativo/codigos/Codigo\\_Civil\\_para\\_el\\_Estado\\_de\\_Tabasco.pdf](http://documentos.congresotabasco.gob.mx/2017/legislativo/codigos/Codigo_Civil_para_el_Estado_de_Tabasco.pdf).

ción, siendo esta una facultad propia del individuo. Entonces, el legislador tiene el deber de otorgar a la sociedad una seguridad en el ejercicio de sus derechos, procedimientos seguros, pero sobre todo, una protección para los intervinientes y el menor procreado.

#### LA NECESIDAD DE UNA REFORMA EN EL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA

Aun y cuando ha quedado demostrado que la gestación subrogada es una necesidad que demanda la sociedad, el estado de Baja California ha omitido emitir pronunciamiento alguno sobre su aprobación, mucho menos se han establecido lineamientos que regulen la forma en que debe de implementarse. Por lo tanto, con su silencio, el estado ha fallado con una de sus funciones fundamentales, como lo es el pronunciarse respecto a lineamiento que permitan el desarrollo de la sociedad, tal y como refiere Adriana Hernández:

El derecho busca regular el acontecer de la sociedad y establecer los parámetros para una sana y armónica convivencia de la sociedad, pero en ocasiones se ha visto desfazado por situaciones que el hombre ni siquiera imaginaba, como es el hecho de que una madre lo sea sin llevar a su hijo en el vientre, ya sea por fecundación in vitro o utilizando el procedimiento de maternidad subrogada.<sup>16</sup>

Es por ello que el estado de Baja California no debe continuar ignorando que, la gestación subrogada es un avance científico que le otorga a toda persona la forma de gozar ple-

<sup>16</sup> Hernández Ramírez, Adriana, Capítulo de libro, “Ley de maternidad subrogada del Distrito Federal”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, número 132, México, 2011, p. 1339.

namente de sus derechos humanos (tal y como lo es la libre procreación, el libre desarrollo de la personalidad y la formación de una familia, entre muchos otros). De lo contrario, se provoca una transgresión y vulneración a estos derechos, trayendo como consecuencia una afectación que podría resultar imposible de reparar, por impedirle al individuo satisfacer una, o algunas, de las etapas de mayor importancia en la vida de algunos seres humanos.

Ahora bien, resulta cierto que el incorporar dentro del marco normativo del estado de Baja California, la gestación subrogada, es el inicio de múltiples modificaciones a las figuras jurídicas ya existentes, traduciéndose en un arduo trabajo legislativo; sin embargo, esto no debe ser el impedimento para ponerse al alcance de la sociedad, pues más allá de los problemas jurídicos, sociales o religiosos que puedan surgir por su regulación, está el deber de la autoridad de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de las personas.

Asimismo, otro de los retos a los que se enfrentará el órgano legislativo del estado de Baja California, al adentrarse en la aprobación y regulación de la gestación subrogada, es el de crear múltiples lineamientos para proteger y garantizar los derechos de cada uno de los intervinientes, así como el interés y bienestar del menor involucrado. Por lo tanto, es necesario considerar además un cambio jurídico, con la incorporación de dicha forma de reproducción, también se provocará un cambio social y cultural, de ahí la importancia de evitar, dentro de lo posible, contradicciones normativas que pudieran ocasionar conflictos jurídicos.

En definitiva, la gestación subrogada es un método, donde sus intervinientes representan intereses y actuaciones muy distintas, por lo que para llevar a cabo una acertada regulación en el marco normativo del estado, tal vez sea oportuno

voltear a mirar los marcos normativos que, previamente, han incursionado en la incorporación de este método, tal y como es el caso de Tabasco, Sinaloa, y la propuesta de Ciudad de México.

Todos y cada uno de los marcos normativos referidos con anterioridad, han buscado proteger a los intervinientes en la gestación subrogada, por lo que han establecido con claridad los derechos y obligaciones que le corresponderán a cada uno de ellos, así como las medidas de cautela que se deben tener respecto al niño procreado. Así, se ha buscado una manera viable para evitar, en gran medida, las problemáticas jurídicas y sociales que se han presentado en otros países, donde su legislación establece la gestación subrogada como un método de reproducción asistida.

#### CONSIDERACIONES INDISPENSABLES EN EL RECONOCIMIENTO DE LA GESTACIÓN SUBROGADA, COMO UN MÉTODO DE REPRODUCCIÓN

Una de las cuestiones que debe ser considerada al momento de reconocer la gestación subrogada, en la legislación del estado de Baja California, es la voluntad expresada por los intervinientes para participar, debiendo quedar en todo momento debidamente establecido que, por un lado se encuentra la mujer que acepta desarrollar el embarazo y a su término cederá los derechos que como madre le corresponden y, por otro lado, se encuentran los padres de intención, quienes tienen el deseo de tomar el lugar de progenitor, o en su caso, asumir a un hijo como propio aunque biológicamente no lo sea.

Lo anterior, no resulta un tema de nuevo descubrimiento, sino que en el Estado Mexicano se ha reconocido el derecho

de toda persona a decidir voluntariamente sobre su reproducción, garantizando con ello el acceso de libre procreación, supuesto que se encuentra consagrado en el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Inclusive, ha sido la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación quien ha manifestado que la filiación existente entre padres e hijos no se encuentra determinada por el vínculo biológico o genético, sino que este se determina por “el deseo de asumir a un hijo como propio, aunque biológicamente no lo sea”, consentimiento que es denominado o conocido como “voluntad procreacional”.<sup>17</sup>

En consecuencia, y de una interpretación al criterio adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto a que “en la inseminación artificial heteróloga, la voluntad procreacional es uno de los factores determinantes para la constitución del vínculo filial del menor nacido bajo ese tratamiento”,<sup>18</sup> en la gestación subrogada acontece algo similar, ya que el niño que nacerá por consentimiento de la mujer gestante y los padres de intención, debe ser reconocido legalmente con una relación paterno filial con los últimos en mención, dejando de observar como forma primordial la relación biológica que existe entre el menor y la mujer gestante.

Por otro lado, una de las consideraciones que la autoridad legislativa también debe tener, es modificar aquellas normas estatales que deban ser acordes con esta nueva figura, respetando y protegiendo los derechos reconocidos en normativas constitucionales e internacionales. De esta forma, se da debido cumplimiento a una de las finalidades del derecho, ciencia jurídica cuya finalidad es regular la conducta del hombre en una sociedad, conducta que en ocasiones se ve

<sup>17</sup> Tesis 1a. CXCIX/2014, Gaceta del *Semanario Judicial de la Federación*, Décima época, mayo 2014, p.547.

<sup>18</sup> Tesis 1a. CXCIX/2014, Gaceta del *Semanario Judicial de la Federación*, Décima época, mayo 2014.

reflejada en necesidades y, en la actualidad, la reproducción o procreación se ha convertido para algunas personas en una necesidad cuya no satisfacción podría afectar su desarrollo emocional.

Por lo anterior, se desprende que la regulación de la gestación es una necesidad que debe ser atendida y contemplada por las normas jurídicas vigentes, siendo por demás necesario que se establezcan las condiciones necesarias para atender la peculiaridad del acto. Es de considerarse que, contrario a lo referido por Gisela Pérez Fuentes,<sup>19</sup> es indispensable que la normativa regule la celebración de un contrato para efecto de establecer los derechos y obligaciones que adquirirán los participantes, instrumento jurídico cuyo objeto sería la subrogación de la gestación, y no propiamente la vida.

#### BREVE ANÁLISIS Y COMPARACIÓN CON LAS LEGISLACIONES EXISTENTES EN OTROS ESTADOS DE MÉXICO

Como ha sido referido con anterioridad, el estado de Baja California, así como todas las entidades federativas, gozan de la llamada autonomía local, permitiendo que sus autoridades establezcan dentro de su cuerpo normativo, aquellas situaciones que satisfagan las necesidades de la localidad, las cuales en ocasiones pudieran ser distintas de una comunidad respecto a otra. En ese sentido, cada uno de los estados puede priorizar las situaciones que así lo requieran, por lo que, pudiéramos decir que las prácticas que se implementan en el estado de Yucatán tal vez no lo resulte para el estado de Baja California; o dicho de otra manera:

---

<sup>19</sup> Pérez Fuentes, Gisela María, Capítulo de libro, et al., *La maternidad subrogada*, México, Tirant lo Blanch, 2017, p. 85-86.



La autonomía sustituye al concepto soberanía cuya pertenencia innata le corresponde en exclusiva al estado federal, la autonomía es a las entidades federativas lo que la soberanía es al estado federal, porque estas pueden darse su propia legislación, incluyendo su Constitución, o bien, porque dichas entidades participan en la formación de la voluntad nacional.<sup>20</sup>

Aun y cuando el “derecho a crear o fundar una familia ha sido enunciado en la mayoría de las normas del Derecho internacional en materia de derechos humanos”,<sup>21</sup> en México existe una evidente restricción al alcance de este, toda vez aunque la normativa vigente en el Estado, establece que se garantizará y protegerá el derecho que tiene toda persona a formar una familia, solamente los estados de Tabasco y Sinaloa reconocen a la gestación subrogada como un método que puede ser implementado para lograr dicho fin.

Por lo que al existir una omisión y en algunos casos una prohibición legislativa, el resto de las entidades federativas provocan que las personas no puedan acceder de manera libre, sin perjuicio o consecuencias jurídicas, a los derechos humanos reconocidos en el ordenamiento nacional e internacional.

Es necesario considerar las legislaciones vigentes en los estados de Tabasco y Sinaloa, ya que actualmente son los únicos lineamientos existentes en México para la implemen-

<sup>20</sup> Soto, Enrique, Pedro Antonio, Artículo, *Régimen constitucional de las entidades federativas*, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 121-154, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2938/7.pdf>.

<sup>21</sup> Ruiz-Rico Ruiz, Gerardo. Capítulo de libro, *La problemática constitucional derivada de las técnicas de reproducción humana asistida: el caso de la maternidad subrogada*, revista de derecho político, 2017, pp. 49-78.

tación y regulación de la gestación subrogada; debiendo realizarse un estudio de ellas, buscando obtener aquellos puntos que resulten idóneos, o porque no, advertir aquellos supuestos que pudieran ser erróneos.

#### TABASCO Y SINALOA, MODELOS DE EJEMPLO EN LA REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA

Ha sido el estado de Tabasco el primero en establecer dentro de su legislación la regulación la gestación subrogada, pues desde “la reforma de 1997 que se optó por sustentar los acuerdos de maternidad subrogada y sustituta bajo la figura del contrato, sin embargo en ese entonces el ordenamiento no especificaba las características esenciales de tales convenios”, motivo por el cual la regulación que hasta entonces se encontraba establecida era deficiente en la práctica.

Al pasar de los años, las problemáticas que se presentaban al implementar la gestación subrogada iban en aumento, por lo que el órgano legislativo optó por reformar y/o modificar la normativa existente, de modo que las lagunas jurídicas existentes fueron subsanadas, además de tutelarse en gran medida los derechos de los intervinientes y del niño procreado. Así, en el año 2016 la “LXI legislatura del Congreso de Tabasco estableció en los artículos comprendidos del 380 Bis 1 al Bis 7 del Código Civil”,<sup>22</sup> los conceptos, definiciones, condiciones, supuestos, modalidades y requisitos que deben agotarse en su práctica.

Consecuencia de lo anterior, y en la actualidad, el código civil de Tabasco define a la gestación subrogada, o como

<sup>22</sup> Congreso del Estado de Tabasco, “Código Civil de Tabasco”, *Legislación*, diciembre de 2008, adicionado en enero de 2016, [http://documentos.congresotabasco.gob.mx/2017/legislativo/codigos/Codigo\\_Civil\\_para\\_el\\_Estado\\_de\\_Tabasco.pdf](http://documentos.congresotabasco.gob.mx/2017/legislativo/codigos/Codigo_Civil_para_el_Estado_de_Tabasco.pdf).

también se le denomina “gestación por contrato”, como aquella 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; desprendiéndose la existencia de dos partes que acuerdan la procreación de un hijo, previo a la existencia de un impedimento de los solicitantes para una gestación “natural”.

No obstante que, la legislación del estado de Tabasco establece múltiples limitaciones y agotamientos de requisitos para poder llevar a cabo un procedimiento como la gestación subrogada, sin embargo, a diferencia del estado de Baja California, con esto ya se le reconoce a la persona el derecho que tienen al acceso de los avances científicos y tecnológicos, logrando con ello formar una familia y reproducirse libremente.

Así, aun y cuando de la norma se desprende que la gestación subrogada, únicamente podrá ser agotada por aquellas personas que tengan la intención de ser padres, y que cuenten con una imposibilidad física, o contra indicación de un medico como gestar, tal circunstancia no impide que las personas gocen plenamente de los derechos humanos que les son inherentes, sino que solo se busca proteger los derechos, seguridad e integridad de todos los intervinientes, así como el niño procreado.

Por su parte, el código familiar del estado de Sinaloa se encuentra conformado con un capítulo referente a la reproducción asistida y la gestación subrogada, en virtud del cual se desprende que en dicha entidad, las personas pueden implementar la gestación para lograr la procreación de un hijo, circunstancia que deberá llevarse a cabo bajo los lineamientos que la misma normativa establece, la cual se encuentra vigente desde la publicación del Código, el seis de febrero del 2013.

Tal y como acontece en Tabasco, el estado de Sinaloa permite la práctica de la gestación subrogada, siempre y cuando esta sea realizada por ciudadanos mexicanos, que cuenten con una edad determinada, además de ser necesario que los solicitantes acrediten la imposibilidad de concebir o procrear por sí mismos. Pero a diferencia de la otra, en el estado de Sinaloa no considera que la gestación subrogada deba realizarse de forma altruista, es decir, el hecho de que una mujer ofrezca su vientre para la procreación de un infante no debe ser, necesariamente, sin que se le entregue una compensación económica por esto; quedando en la voluntad de los intervinientes la modalidad en la que se llevará a cabo la reproducción.

Resulta entonces, que los supuestos y consideraciones establecidas tanto en el estado de Tabasco, como Sinaloa, pueden ser criticados o incluso debatidos, pudiendo así concluir que las normas existentes en el Estado mexicano, respecto a la gestación subrogada, se encuentran lejos de la perfección, resultando necesario unas modificaciones para evitar que sean vulnerados los derechos e intereses de los intervinientes. Sin embargo, de estas se desprende que el espíritu del legislador ha sido otorgar a las personas la posibilidad de ejercer libremente los derechos humanos que les corresponden, tales como la libertad reproductiva, voluntad procreacional y formación de familia, han sido establecidos múltiples condiciones que deben agotarse para efecto de implementar, legalmente, la gestación subrogada, las cuales pueden ser consideradas como limitaciones para su práctica.

#### CONCLUSIONES Y SOLUCIÓN A LA PROBLEMÁTICA

Realizando un análisis de los puntos anteriores, se puede llegar a la conclusión de que es sumamente necesario y urgen-

te que la autoridad legislativa del estado de Baja California reforme sus normas, de tal forma que en ellas se contemple que los habitantes del estado tengan posibilidad de implementar la gestación subrogada para la procreación; de esta manera se garantizarían los derechos humanos inherentes a toda persona.

Sin embargo, y de forma conjunta, el Estado debe establecer dentro de la norma, los requisitos, procedimientos y formalidades que deberán ser agotadas cuando se pretenda hacer uso del método, garantizando que en su implementación no sean abusados ni vulnerados los intervinientes, ni mucho menos el menor producto de la reproducción.

En consecuencia, el legislador deberá adicionar un capítulo en su codificación civil, correspondiente a la gestación subrogada y su implementación, en la cual se contemple que desde el momento en que se lleve a cabo, se generará un vínculo filial entre los padres de intención y el niño procreado, quedando fuera de este la mujer gestante; derivado de las consecuencias jurídicas que esto conlleva, se desprende la necesidad por que el acuerdo que los intervinientes celebren, sea plasmado mediante un contrato, el cual podrá ser clasificado como “contrato de gestación subrogada”, documento que por ser de vital trascendencia podría ser considerado requisito previo.

Asimismo, al regularse el vínculo filial derivado de la gestación subrogada, también serán aplicables las diversas normas específicas que derivan de la filiación, como aquellas en materia de alimentos, sucesiones, responsabilidades parentales, entre otras. Por eso, aun y cuando en la legislación de Baja California se llegara a determinar que la gestación subrogada es una práctica permitida, esto no implica que todas las personas, sin limitación o requisito alguno lo puedan hacer, puesto que los requisitos o restricciones que se establecen en las normas son para efecto de cumplir con

la finalidad de los métodos que, en el caso de la gestación subrogada, es que las personas con algún problema para lograr la procreación de un hijo, puedan hacerlo con la asistencia de una mujer gestante.

Finalmente, uno de los puntos fundamentales para establecer restricciones en la implementación de la gestación subrogada es el buscar evitar que, aquellas personas que pudieran tener la intención de implementarla con fines ilícitos, como la explotación o la comercialización de los niños, hagan uso de esta; medidas con las que se pretende proteger los derechos de los intervinientes y de los involucrados de forma directa e indirecta; tal y como ha sido adoptado en normativas internacionales y nacionales.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Araya, H., “Embarazo y parto”. Obtenido de “¿Qué es la maternidad subrogada?”: (27 de abril de 2017), <http://embarazoyparto.about.com/od/QuedarEnEmbarazo/ss/Que-Es-La-Maternidad-Subrogada.htm#step1>
- Bolton, R., *Enciclopedia de bioética*. Recuperado el 28 de febrero de 2017, de Enciclopedia de bioética: <http://enciclopediadebioetica.com/index.php/todas-las-vozes/210-maternidad-subrogada>
- Díaz, C., Congreso de la Unión. Recuperado el 10 de marzo de 2017, de Congreso de la Unión: [http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/1/2016-04-28-1/assets/documentos/33\\_INT\\_Cristina\\_Diaz\\_reproduccion\\_asistida.pdf](http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/1/2016-04-28-1/assets/documentos/33_INT_Cristina_Diaz_reproduccion_asistida.pdf)
- González, F. A., *Maternidad subrogada, ¿Un nuevo oficio del siglo XXI?* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional de México, 2010, 10.

- Güitrón, M. M., *Las garantías de libertad*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004
- Hernández-Valencia, M., *Diagnóstico de la endometriosis*. *Perinatol Reprod Hum*, 4., 2009.
- Hernández Valencia, M., *Esterilidad inexplicable. Evaluación médica-terapéutica*. Medigraphic Artemisa en línea, 4, 2007.
- Muñoz, M. R., “Maternidad subrogada”. México: Congreso virtual interinstitucional Los Grandes Problemas Nacionales, 2008.
- Muñoz, M. R., “Maternidad subrogada”. Nuevo León: Congreso virtual interinstitucional Los Grandes Problemas Nacionales, 2008.
- Pérez Carbajal y Campuzano, Hilda, *Técnicas de reproducción humana asistida*, México, Porrúa, 2015, 249.
- Ramírez, A. H., *Ley de maternidad subrogada del Distrito Federal*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.
- Reyes, A. A., *Maternidad subrogada. Ciudad de México*. México: Congreso de la Unión, agosto, 2008.
- Riera, A. M. (s.f.). Netmoms. Recuperado el 1 de marzo de 2017, de netmoms: <http://www.netmoms.es/revista/ser-padres/infertilidad/infertilidad-inmunologica/>
- Rosas, M. R., *Infertilidad masculina*. *Ámbito Farmacéutico*, 6, 2007.
- Salgado, S. (30 de septiembre de 2016). Baby gest. Recuperado el 23 de marzo de 2017, de *La gestación subrogada en México: leyes en cada estado y precios*: <https://www.babygest.es/mexico/>, 30 de septiembre, 2016.