

CAPÍTULO DECIMOCUARTO

LA PRÁCTICA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN TRANSFRONTERIZA EN MÉXICO

María Virginia AGUILAR

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La práctica de la gestación por sustitución en Tabasco: contexto e impacto internacional.* III. *Algunos casos transfronterizos iniciados en Tabasco antes de 2016.* IV. *Un caso transfronterizo iniciado en la Ciudad de México.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El presente capítulo aborda la realidad fáctica de la gestación por sustitución realizada en México, donde, si bien es cierto que casi todas las legislaciones de los 32 estados federados reconocen la posibilidad de acceder a diversas TRHA, no es menos cierto que, excepto en dos de ellos —Tabasco¹ y Sinaloa—,² la legislación no contempla una figura jurídica en la que intervenga una tercera en el proceso de gestación y hasta el nacimiento de un ser (gestación por sustitución o maternidad subrogada o sustituta) ni establece condiciones para los intervinientes ni determina los efectos de este tipo de práctica. Por ende, tampoco contempla la posibilidad de registro de un niño nacido en consecuencia y menos aún que los padres intencionales sean extranjeros o del mismo sexo, al igual que no prevé las mejores condiciones para que puedan salir del país con su hijo e ingresar legalmente con él a otro país.

¹ Véase la sección II del presente capítulo.

² El 6 de febrero de 2013 fue publicado el Decreto 742, con reformas al Código Familiar del Estado de Sinaloa, relacionadas con la reproducción asistida y la gestación subrogada. Véase “Decreto 742”, *El Estado de Sinaloa. Órgano Oficial del Gobierno del Estado*, Culiacán, 3a. época, t. CIV, 6 de febrero de 2013, disponible en: <http://www.transparenciasinaloa.gob.mx/imagenes/stories/sss/POE-06-02-2013-017-II.pdf>.

La situación mencionada, como se puede observar, presenta en sí una ausencia de seguridad jurídica para todos los participantes. Lo que se expone en este capítulo no son criterios inventados ni ideales, sino lo que ha sucedido en esta materia en México desde 1997 con prácticas que han existido e intentos de solución ante un panorama legal deficiente.

Se presentan varios casos reales explicando cómo se solucionaron desde Tabasco,³ que es uno de los estados federados cuya legislación prevé la reproducción humana por medio del proceso de “gestación por contrato”. Asimismo, se comenta un caso reciente que tuvo lugar en la Ciudad de México, donde aún no existe legislación al respecto. La sentencia dictada en este último caso es relevante, ya que contempla posibilidades de aspectos sustantivos y de forma y sugiere una manera de regular la gestación por sustitución donde se respeten los derechos humanos de todos los individuos que participan en este proceso, incluyendo a los extranjeros.

II. LA PRÁCTICA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN TABASCO: CONTEXTO E IMPACTO INTERNACIONAL

En esta sección se alude a la legislación civil de Tabasco desde el punto de vista de la práctica, por ser el antecedente legislativo que reconoció las novedades científicas de reproducción humana en la reforma de 1997 a su Código Civil.⁴ Las reformas y adiciones a la ley civil en esta entidad federativa fueron novedosas y avanzadas en su momento, tanto en lo relativo al tema de la reproducción asistida con la posibilidad de participación de una “madre gestante sustituta” como por la protección de la ley a favor de todos los nacionales y extranjeros, sin ningún tipo de discriminación por sexo.⁵

³ Si bien, como ya se ha indicado, desde 2013 Sinaloa regula la gestación subrogada, no se tiene conocimiento de casos prácticos con elementos de extranjería en dicha entidad federativa.

⁴ El 1o. de mayo de 1997 entró en vigor el Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Tabasco mediante el Decreto 205. Véase “Decreto 205”, *Periódico Oficial. Órgano del Gobierno Constitucional del Estado de Tabasco*, Villahermosa, época 6a., suplemento núm. 5696, 9 de abril de 1997, disponible en: <https://transparencia.tabasco.gob.mx/media/estrados/4989.pdf>. Este cuerpo normativo contenía reformas novedosas, tanto en materia de derecho conflictual como respecto a la no discriminación, además de lo relativo a las consecuencias de los adelantos científicos en el área de las TRHA. Una de ellas fue la aceptación de la gestación por parte de una persona diferente a la pareja de padres intencionales de un niño.

⁵ A nivel federal, la reforma sobre no discriminación fue introducida en la CPEUM recién en 2011. Véase “Decreto por el que se modifica la denominación del capítulo I del título primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos

Como consecuencia de la reforma de 1997, poco a poco el estado de Tabasco comenzó a convertirse en un lugar de destino de turismo reproductivo para parejas heterosexuales y homosexuales de México y de otros países. Esta circunstancia promovió la formación de cotos de poder entre notarios, clínicas médicas y asociaciones particulares que empezaron a incorporarse a un negocio que durante muchos años no fue descubierto. La legislación les permitió a todos estos actores participar cómodamente en tales condiciones. Sin embargo, fue el preludio del surgimiento de focos rojos que poco a poco evidenciaron problemas que acaecen si este método de gestación no se legisla adecuadamente.

Entre las disposiciones que conforman el contexto normativo tabasqueño y que contribuyeron a favorecer la aparición y posibilidad de acudir a este método de procreación en la entidad, se encuentra la protección de la ley para el ser humano desde su concepción, que incluye a “los concebidos por cualquier método de concepción humana artificial, aun cuando no se encuentren en el útero materno” (artículo 31 del Código Civil), con lo que se introduce por primera vez esta posibilidad.

Por otro lado, se estableció una serie de mecanismos para proteger el nombre de la persona y el respeto a la decisión de los cónyuges para planificar el número y el espaciamiento de los hijos, así como emplear cualquier método de reproducción artificial para lograr su descendencia,⁶ siempre y cuando se probare que el marido consintió en que su cónyuge hiciera uso de dichos métodos.

Respecto a la filiación, el artículo 247 del Código Civil dispone que

...cuando en el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata, ya sea que esta última provea o no el óvulo. Esto es, cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido como resultado de una transferencia de embrión, la madre contratante deberá ser considerada la madre legal del niño y éste será considerado hijo legítimo de la mujer que contrató.

Por su parte, el artículo 92 precisa que la “madre gestante sustituta” “es la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, no así el componente genético”, ya que cuando sí proporciona ambos componentes se le considera como “madre subrogada”. Adicionalmente, se aclara que la “madre contratante” es la mujer que con-

Mexicanos”, *Diario Oficial de la Federación*, 10 de junio de 2011, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_194_10jun11.pdf.

⁶ Artículos 324 y 329 del Código Civil para el Estado de Tabasco.

viene en utilizar los servicios de cualquiera de las mujeres antes mencionadas, según el caso.

Es en este punto donde comienzan a surgir los problemas, ya que en el caso de los padres varones del mismo sexo, aunque estuvieran casados, no podía designarse a ninguno de ellos para que asumiera el papel de madre contratante. No obstante, algunos de estos casos se solucionaban recurriendo al último párrafo del artículo 92, según el cual establece que, “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 asentar como padre a otro que no sea el mismo marido”,⁷ y entonces lo que se hacía era que una de las dos personas del matrimonio del mismo sexo registraba al niño en calidad de padre soltero, o bien, como sucedió en un caso específico, no se declaraba que la gestante estaba casada y uno de los dos padres intencionales era registrado como padre, como si en realidad fuera el marido de la mujer que dio a luz.

El contrato se celebraba ante un notario y en su clausulado se establecía que la madre gestante sustituta o madre subrogada aceptaba el encargo. Estos mismos fedatarios públicos daban fe ante el médico o la clínica de que se había terminado el embarazo. Era una práctica frecuente⁸ que todos ellos se hubieran puesto de acuerdo con una empresa que se encargaba de los trámites, con un costo de hasta 40,000 dólares estadounidenses, ya que se entendía “que lo que no estaba prohibido estaba permitido”. Además, como no había ninguna norma que estableciera expresamente si el contrato era gratuito u oneroso, se consideraba permitida esta última posibilidad, sin que existiera claridad acerca de cuánto le correspondía cobrar a la madre gestante. Dado que todos prestaban un servicio, el dinero abonado por los padres intencionales era repartido entre cada uno de los actores intervinientes, incluyendo a un empleado del Registro Civil que decidía bajo qué figura registrarían al niño.

Inicialmente, estas condiciones estuvieron vigentes con respecto a todas las personas que tuvieran la voluntad de procrear y contaran con algún impedimento para lograrlo, ya fuera por alguna enfermedad que afectara a cualquiera de los miembros de la pareja o por ser pareja del mismo sexo, incluso para extranjeros.

⁷ Este concepto se repite en el artículo 95 del Código Civil para el Estado de Tabasco.

⁸ Las afirmaciones que aquí se efectúan sobre la práctica frecuente en Tabasco se basan en entrevistas con diversos actores locales llevadas a cabo por la autora del presente capítulo durante los meses de febrero y marzo de 2014, así como en su propia experiencia profesional como abogada litigante en materia familiar. Los nombres y demás datos personales de las personas entrevistadas son confidenciales.

El impacto internacional de estas prácticas vinculadas con la gestación por sustitución transfronteriza en la entidad y la falta de seguridad jurídica para los niños, tanto en su filiación como para su salida del país, provocaron que en enero de 2016⁹ el Código Civil para el Estado de Tabasco se reformara, evitando esta vez que extranjeros y padres intencionales del mismo sexo pudieran beneficiarse de esta forma de procreación y disponiendo que fuera la Secretaría de Salud estatal quien interviniera en los casos de gestación sustituta o subrogada.¹⁰

Estas reformas, por un lado, incitaron a las diferentes instituciones particulares involucradas en la gestación por sustitución a limitar las condiciones en las que ofrecen sus servicios; pero, por otra parte, algunas de sus disposiciones afectaron derechos de muchas personas que quedaron atrapadas entre los beneficios de la anterior ley y las restricciones de la ley nueva, especialmente en cuanto a la forma de establecer el vínculo de filiación y registrar a los recién nacidos para que su traslado al país de origen de los padres intencionales sea jurídicamente posible.

III. ALGUNOS CASOS TRANSFRONTERIZOS INICIADOS EN TABASCO ANTES DE 2016

Los casos que en seguida se refieren fueron documentados por GIRE y publicados en 2017 como parte del informe *Gestación subrogada en México. Resultados de una mala regulación*.¹¹ En la siguiente tabla se presentan las fechas y los hechos de los casos reportados por GIRE que contienen elementos de extranjería, es decir, que implican un acuerdo de gestación por sustitución transfronteriza.

<i>Nombres</i> ¹²	<i>País nacionalidad/ residencia de los padres intencionales</i>	<i>Fecha de firma de contrato</i>	<i>Fecha de nacimiento del bebé</i>	<i>Hechos</i>
Martín y Luisa	Argentina	-	Noviembre de 2016	Antes de viajar a México, la pareja intentó adoptar en su país, sin éxito. En noviembre de 2016, ellos llegaron a Villahermosa, Ta-

⁹ “Decreto 265”, *Periódico Oficial. Órgano de Difusión Oficial del Gobierno Constitucional del Estado Libre y Soberano de Tabasco*, Villahermosa, época 6a., suplemento núm. 7654, 13 de enero de 2016, disponible en: http://periodicos.tabasco.gob.mx/media/periodicos/7654_sup.pdf.

¹⁰ Véase la sección IV del capítulo decimoprimeros de la presente obra.

¹¹ GIRE, *Gestación subrogada en México. Resultados de una mala regulación*, México, 2017, disponible en: gestacion-subrogada.gire.org.mx.

¹² Se utilizan los mismos nombres publicados por GIRE.

<i>Nombres</i>	<i>País nacionalidad/ residencia de los padres intencionales</i>	<i>Fecha de firma de contrato</i>	<i>Fecha de nacimiento del bebé</i>	<i>Hechos</i>
				basco, junto con su hija de nueve años, para esperar el nacimiento de su bebé, quien nació unos días después. A principios de diciembre, la pareja presentó sus documentos en la oficina de Registro Civil de Villahermosa para tramitar el acta de nacimiento de su bebé, pero se la denegaron. Durante dos meses, la familia tuvo que permanecer en un hotel de Villahermosa, con miedo a que las autoridades les quitaran a su bebé o no pudieran regresar a su país. Finalmente, la pareja obtuvo el acta de su hijo. Ellos lograron volver a casa en marzo de 2017.
Michael	Estados Unidos de América	2015	Diciembre de 2016	Michael es un hombre estadounidense de origen griego que firmó un contrato de gestación subrogada con una mujer en Tabasco. Dos días después de que nació su hijo, supuestas autoridades del gobierno de Tabasco se lo llevaron sin darle información al padre ni a la mujer gestante. Días después, él supo que su hijo estaba en el albergue del Sistema de Desarrollo Integral de la Familia estatal. Dos meses después, y tras múltiples esfuerzos ante instituciones públicas y medios de comunicación, Michael recuperó a su hijo, y un mes más tarde logró obtener los documentos de identidad necesarios y salir del país.
Hanoch	Israel	2015	Diciembre de 2016	Hanoch es un ciudadano israelí que firmó un contrato de gestación en México en 2015 y su hijo nació en Villahermosa en diciembre de 2016. Su bebé tuvo que permanecer en el hospital por nueve días, durante los cuales

<i>Nombres</i>	<i>País nacionalidad/ residencia de los padres intencionales</i>	<i>Fecha de firma de contrato</i>	<i>Fecha de nacimiento del bebé</i>	<i>Hechos</i>
				no pudo visitarlo, debido a que su agencia le recomendó permanecer en su hotel para evitar problemas con las autoridades. Hanoch consiguió estar al tanto de su estado de salud gracias a que desarrolló una buena relación con la mujer gestante. Cuando el niño salió del hospital y el padre intentó solicitar el acta de nacimiento, ésta le fue negada. Con base en un precedente jurídico en Israel, su bebé recibió documentos de identidad israelíes a partir de una prueba de ADN. En marzo de 2017, Hanoch y su bebé salieron de México, más de dos meses después de su nacimiento.
David	Israel	Diciembre de 2015	Enero de 2017	David es un hombre israelí que firmó un acuerdo de gestación subrogada con una mujer de Tabasco en diciembre de 2015. David viajó a México para el nacimiento de su bebé, a principios de enero de 2017. Sin embargo, cuando él intentó tramitar el acta de nacimiento, la oficina del Registro Civil se la negó. Igualmente, David invocó el fallo de un juez en Israel, que obliga a reconocer la paternidad por una prueba de ADN. Luego, la Embajada de Israel en México le otorgó un documento de identidad para su hijo. Finalmente, él logró salir del país con su hijo de dos meses de nacido.
Shaul	Israel	Diciembre de 2015	Enero de 2017	Shaul es un hombre israelí que firmó un acuerdo de gestación subrogada en Tabasco en diciembre de 2015. Debido al clima de persecución a personas extranjeras en el estado, su agencia le pidió que permaneciera en su hotel, por

<i>Nombres</i>	<i>País nacionalidad/ residencia de los padres intencionales</i>	<i>Fecha de firma de contrato</i>	<i>Fecha de nacimiento del bebé</i>	<i>Hechos</i>
				lo que no pudo estar presente en el nacimiento de su hija, en enero de 2017. Unas semanas más tarde, la oficina del Registro Civil le negó la emisión de su acta de nacimiento. Shaul acudió al mismo fallo que los anteriores sujetos, mediante el cual un juez en Israel obliga a reconocer la paternidad por una prueba de ADN. La Embajada de Israel en México le otorgó un documento de identidad para su hija. Él logró salir del país con su bebé de dos meses de edad en marzo de 2017.

FUENTE: elaboración propia con datos del GIRE.

Los casos antes expuestos se presentaron justo en la entrada en vigor de la regulación actualmente vigente en Tabasco. En algunos de ellos se contaba con contratos firmados antes de la reforma y, a pesar de que la normativa anterior que les resultaba aplicable les permitía obtener las actas de nacimiento de los recién nacidos, se enfrentaron a la negativa por parte de las autoridades locales.

A este respecto, es importante señalar que los efectos de los contratos de gestación por sustitución van más allá del respeto y garantía del ejercicio de los derechos humanos de las personas que firmaron el acuerdo —mujer gestante y padres intencionales—, pues surge, una vez terminada la gestación con el nacimiento del bebé, la obligación del Estado de garantizar todos y cada uno de los derechos humanos de la nueva persona.

IV. UN CASO TRANSFRONTERIZO INICIADO EN LA CIUDAD DE MÉXICO

En esta sección se presenta un caso de gestación por sustitución transfronteriza que, por sus elementos específicos, permite analizar asuntos que los abogados deberían considerar al momento de asesorar a los padres intencionales acerca de la forma y el momento pertinente de solicitar la inscripción del niño nacido en México, a fin de prever el debido cumplimiento de las condiciones requeridas para salir del país lícitamente.

La resolución a la que se hará referencia fue resultado de una investigación de casos que trataran el tema de la gestación por sustitución transfronteriza y cuya decisión fuera definitiva, a fin de conocer el resultado final. La búsqueda se hizo en diferentes juzgados, donde se les preguntó a varios jueces, y fue así como se encontró el siguiente caso en una Sala Familiar de la Ciudad de México.

1. *Antecedentes*

En 2018, el apoderado legal de una pareja de cónyuges de distinto sexo, nacionales y residentes en Argentina, formuló una solicitud en la vía de jurisdicción voluntaria,¹³ ante un juzgado de primera instancia del ramo familiar en la Ciudad de México,¹⁴ con el objeto de que el juez le otorgara reconocimiento al contrato de maternidad subrogada que celebraron sus representantes con una mujer del Estado de México, la posibilidad de vigilar la actuación de las partes y que, en su oportunidad, una vez nacido el niño, ordenara al Registro Civil su inscripción a favor de los padres intencionales para que los solicitantes pudieran llevarse consigo a su hijo a su país de residencia habitual (Argentina).

Antes de entrar al análisis del caso es necesario mencionar que se considera que el abogado representante de los padres intencionales no eligió bien ni la vía jurisdiccional (voluntaria) ni la competencia de un juzgado de la Ciudad de México. Tampoco se estima adecuada la intención de lograr por esta vía que se vigilara un proceso de gestación por sustitución o que se reconociera un contrato relacionado con dicha práctica. Sin embargo, lo importante es que, a pesar de todo ello, la resolución final de la apelación aborda todos los puntos y encamina a los intervinientes a una correcta solución, aunque en la Ciudad de México no hay legislación sobre gestación por sustitución.

El juez de primera instancia,¹⁵ que fue el juzgado de origen, en el auto admisorio, manifiesta lo siguiente:

...visto su contenido y tomando en consideración, que a la fecha no ha sido aprobada la iniciativa de Ley de Maternidad Subrogada de la Ciudad de Mé-

¹³ Su naturaleza jurídica tiene por objeto que la autoridad judicial intervenga para dar certeza jurídica a cierto acto solicitado, sin que exista una controversia, litigio u oposición de intereses entre dos o más partes.

¹⁴ Expediente 135/2018, Juzgado Vigésimoquinto de lo Familiar de la Ciudad de México, *Boletín Judicial*, t. CXCVII, núm. 18, 31 de enero de 2018.

¹⁵ *Idem*.

xico, por lo que existe un vacío legal respecto a los requisitos que los promoventes deben reunir, así como el procedimiento tendiente a su realización, lo anterior, toda vez que los promoventes son extranjeros y se encuentran en el País en calidad de turistas, imposibilitando al Suscrito para que el estudio del curso de cuenta y en su caso estar en posibilidad de prevenir o admitir a trámite las presentes diligencias, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 1, 3, 4, 6, 9 y 12 del Código Civil así como lo establecido en el artículo 72 del Código de Procedimientos Civiles, se DESECHAN de plano las presentes diligencias, dejando a salvo los derechos de los interesados para hacerlos valer en la vía, forma y término que en derecho corresponda, ordenándose devolver los documentos exhibidos a excepción del escrito inicial previa razón y recibo que se otorgue por las personas autorizadas para tal efecto.

Los promoventes, inconformes con la decisión del juez de primera instancia, interpusieron un recurso de apelación.¹⁶ La sentencia de la Sala confirmó el auto impugnado, por resultar infundados los agravios de la parte apelante.¹⁷

2. *Motivos de inconformidad con la sentencia de primera instancia*

Los motivos de inconformidad de los padres intencionales con respecto a la sentencia de primera instancia se enunciarán a continuación.

Esencialmente, éstos consisten en violaciones de aspectos procesales del auto recurrido, derechos de acceso a la justicia, derechos constitucionales respecto a las garantías de derechos humanos “por una indebida fundamentación que deriva en la transgresión del derecho humano de legalidad” y de debido proceso en cuanto a fundamentación y motivación, “... pues simplemente señaló el juez A quo que existe un vacío legal respecto a los requisitos que se deben reunir... por lo que al no tener fundamento legal acorde para la admisión, tampoco lo tuvo para el desechamiento...”.

Desde la perspectiva de los apelantes, el fallo recurrido desconoció la existencia de tratados internacionales y de otras formas de interpretación de

¹⁶ Expediente 414/2018, Sala Segunda Familiar de la Ciudad de México, *Boletín Judicial*, t. CXCXVII, núm. 214, 10 de diciembre de 2018.

¹⁷ Es importante hacer notar que, aunque esta sentencia fue impugnada en vía de amparo, éste no fue aceptado y que la resolución de la apelación la estudió el magistrado de la ponencia 3, de la Segunda Sala Familiar, quien es miembro de la Red de Jueces de la HCCH por parte de México, por lo que es reconocido por sus conocimientos de derecho mexicano y de derecho internacional privado, así como de las convenciones emitidas por este organismo internacional. Dicha resolución fue adoptada por unanimidad de votos.

la ley, como los principios generales del derecho, la doctrina, la costumbre, y, desde luego, "...negó y restringió el ejercicio de los derechos humanos de los quejosos por ser extranjeros, no obstante que de la ratificación del contrato de subrogación que se realizó ante Notario Público se acreditó su legal estancia en el país...", doliéndose de que, para el juez natural, "...los extranjeros que se internan en el país como turistas, no tienen derechos, ni los protege la Constitución y tampoco pueden acudir ante los tribunales a ejercer su personalidad y derechos humanos".

Arguye su representante que les causa agravio el no dar trámite a una jurisdicción voluntaria, porque viola el contenido del artículo 893 del Código adjetivo, cuyo precepto no requiere disposición legal que regule algún tema o materia que deba ser objeto de la intervención de un juez, ya que la naturaleza de estas diligencias no es limitativa y basta con que no sea contraria al tenor de las leyes prohibitivas o de interés público y que el objeto, motivo o fin sea lícito, es decir, "todo lo que no está prohibido está permitido".

Este alegato lo hace para demostrar que "el objeto del contrato celebrado entre los apelantes y la tercera (gestante, mujer sustituta [*sic*]) no es ilícito y tampoco está prohibido", y con este punto trata de demostrar que el hecho de que un fedatario público dio fe de la ratificación de dicho contrato, al ser un perito en derecho, confirma la licitud del acto jurídico.

Asimismo, los disidentes, a través de su representante legal, argumentan que, si bien la legislación de la Ciudad de México "no contempla la regulación de la maternidad subrogada, sí establece métodos de reproducción asistida", como la donación de células germinales, por lo que la decisión del juez *a quo* es violatoria de la garantía de legalidad que establece el artículo 16 de la CPEUM y del artículo 293 del Código Civil para el Distrito Federal. También ellos sostienen que existe una falta de motivación para que el juzgador determine qué métodos sí y qué métodos no son aceptables para que se lleve a cabo la reproducción asistida. Por un lado, dichos disidentes manifiestan que "es ilícito que el Justipreciador defina que la maternidad subrogada debe ser objeto de una ley y que sin ella nada se puede hacer, pues con su actuar el derecho [se] reduce a la ley y deja de lado las otras fuentes formales del derecho y figuras como el control difuso..." sin explicar a qué se refiere, pero en contra de la inadmisión de su vía de tramitación.

Por otro lado, los interesados

...no pedían la autorización del objeto del contrato, ni la ejecución de su contenido obligacional, sino que debido a su investidura judicial los interesados pudieran exhibir pruebas de la ejecución del contenido obligacional del con-

trato de maternidad sustituta, mediante la exhibición a lo largo de los meses de los documentos que acrediten el cumplimiento de las obligaciones de cada parte.

En este sentido, ellos exponen cuáles serían estas pruebas, tales como la implantación embrionaria, los pagos, los gastos, la acreditación de la salud física y mental de la gestante y del producto, para que posteriormente al alumbramiento el juez ordenara al Registro Civil de la Ciudad de México “levantar el acta de nacimiento correspondiente con los nombres de los interesados como padres del nacido”.

Como último punto, los interesados mencionan que el juez de lo familiar es una autoridad judicial a quien le compete conocer de cualquier procedimiento de derecho familiar y al negar la admisión de su trámite violó los derechos humanos consagrados por la carta magna y los instrumentos internacionales que defienden el derecho a la vida, a la familia, al libre desarrollo de la personalidad, y “obliga a las partes a realizar los procesos en la clandestinidad” por la restricción al acceso a la justicia; por lo tanto, ellos se cuestionan lo siguiente: ¿qué autoridad sería la correcta para garantizar el respeto a los derechos de la procreación de la familia y al libre desarrollo de la personalidad?

3. *La decisión de segunda instancia*

La autoridad de alzada hizo el siguiente estudio:

- a) “Por cuanto hace al motivo de disenso en el sentido que el proveído impugnado conculca el principio de legalidad”, explica que la ley fundamental establece el principio de supremacía constitucional, mediante la cual existe una jerarquía normativa que supone que los actos de autoridad deben ajustarse a lo dispuesto por las leyes expedidas por el Congreso de la Unión, que significa que “las sentencias definitivas deberán ser conforme a la letra de la ley o a la interpretación jurídica de la ley”, por lo que el juez *a quo* no se encontraba en posibilidad legal de dar trámite a la jurisdicción voluntaria y aún menos para pronunciarse positivamente en todo lo solicitado por los apelantes, pues el proveído impugnado contradice el fundamento de que todo acto de autoridad debe estar fundado y motivado, porque, primero, debe existir el fundamento legal para poder apoyar la solicitud y, posteriormente, se busca que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables.

- b) Establece que todo acto de autoridad debe estar adecuado, fundado y motivado, conforme a la interpretación de los principios de legalidad de los artículos 14 y 16 constitucionales, entendiéndose que “fundar” es expresar con precisión el precepto legal aplicable al caso y “motivar” implica que deben señalarse con precisión el tipo de circunstancias o las causas consideradas para emitir el acto, y que exista relación y adecuación entre los motivos y las normas aplicables.
- c) Hizo el reconocimiento de que “La Constitución mexicana reconoce el principio de legalidad, no sólo desde el punto de vista formal, sino de Estado de Derecho”, de tal suerte que un juez no puede encontrarse en posibilidad legal de dar trámite a la jurisdicción solicitada cuando falte el texto expreso de la ley con disposiciones tanto sustantivas como procesales sobre las cuales tenga facultad para actuar,¹⁸ por lo que las autoridades sólo pueden hacer aquello que les facultan las leyes, en el entendido de que la ley es la manifestación de la voluntad general soberana.
- d) Declara infundado el trámite de jurisdicción voluntaria, porque éste es un proceso voluntario en el que el órgano jurisdiccional interviene para darle eficacia a la formación o creación de nuevas situaciones de derecho, que no pueden resolverse sin una decisión judicial. No obstante, debe reunir elementos indispensables, como tener fines distintos a los de la composición de un litigio, la inexistencia de una controversia respecto a la petición y, muy importante, que exista en el derecho, porque el juez puede constatar un hecho, pero no puede declarar un derecho inexistente, ya que estaría legislando y ello está fuera de sus facultades. Por lo tanto, la jurisdicción voluntaria no es el medio idóneo para regularizar situaciones no previstas por la ley.
- e) La intervención de un juez para definir la maternidad subrogada por medio de la figura jurídica de las diligencias de jurisdicción voluntaria,¹⁹ cuando ésta no se encuentra previamente establecida en algún ordenamiento legal, lo incapacita para examinar, certificar, calificar o dar fe de situaciones en las que no se promueva cuestión alguna.²⁰

¹⁸ Se hizo el estudio sobre la siguiente tesis aislada: Tesis IV.2o.A.51K, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. III, febrero de 2014, p. 2239.

¹⁹ Artículo 893 del Código Civil de la Ciudad de México: “La jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que, por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas. A solicitud de parte legítima podrán practicarse en esta vía las notificaciones o emplazamientos necesarios en procesos extranjeros”.

²⁰ Tesis I.3o.C.826 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, agosto de 2010, p. 2305.

- f) Expresó que lo pactado en el contrato celebrado entre los promoventes y la tercera va en contra de la naturaleza de la jurisdicción voluntaria, siendo lo solicitado una intervención de la autoridad judicial para normar un aspecto adecuado a los intereses de los apelantes, al pedir que se levante un acta de nacimiento donde aparezcan ellos como padres, pues lo que se pretende es la ejecución de un contrato obviando la presencia de la tercera gestante y, en cuyo caso, el juzgador con esa decisión atentaría contra la persona gestante y la dejaría en estado de indefensión.
- g) En cuanto al respeto a los derechos humanos de los extranjeros, de los cuales se sienten afectados los apelantes, expresa que no es que carezcan de estos derechos o que la carta magna no los proteja. Sin embargo, la solicitud de las diligencias por la vía de jurisdicción voluntaria no se encuentra dentro de las actividades permitidas en la calidad migratoria de los apelantes, como es la de turistas, pues carecen de domicilio en México para actuar dentro de la jurisdicción que solicitan.
- h) El juzgador que estudió este asunto define que las partes debieron haberlo solicitado ante juez competente, ya sea en el Estado de México, que es el lugar donde vive la gestante, o ante el juez de donde viven los solicitantes, o sea, en Argentina.
- i) Agrega que, a pesar de que los turistas, al momento de firmar un contrato, expresaron libremente su deseo de “tener hijos” y la posible gestante aceptó someterse a un método de reproducción asistida de manera libre, informada y responsable, y de que esta decisión de todos haya pasado ante un fedatario público, este último únicamente pudo dar fe del reconocimiento del documento y firma, no del contenido del documento ni de la licitud del acto. Esto es así, ya que el notario no interviene en ese documento directamente ni tiene facultad para autorizarlo. Además, al no especificarse en el contrato el tipo de regulación y los términos en que se presenta el periodo de gestación, y aunque se den los informes del estado de salud de la gestante sugeridos y el cumplimiento del contrato de maternidad subrogada, no es posible obligar al juzgador a ordenar a un juez del Registro Civil asentar un acta de un niño aún no nacido y que, en su caso, lleve únicamente los nombres de los solicitantes.
- j) Por tanto, le dio la razón al juez de origen para negar la continuidad del trámite. Incluso, reconoce que, si en realidad los solicitantes quieren darle legalidad a un contrato, para que sea procedente su ejecución o para que se le dé viabilidad, estos contratos deben ser celebrados o estar reconocidos ante la Procuraduría del Consumidor. Así lo

indica, porque a partir del clausulado se advierte que los intereses de los solicitantes pretenden darle validez a la ejecución de un método inexistente en la legislación y cuya orden para el registro del niño, una vez nacido, contraviene el formato existente en la propia legislación del registro.

- k) Otro punto importante consiste en que los apelantes pretenden darle validez a “la maternidad subrogada”²¹ por analogía, al señalar que está relacionada con el artículo 293 del Código Civil,²² cuya hipótesis normativa se refiere únicamente a la reproducción asistida en la que la mujer queda embarazada a través de un método de fecundación asistida o *in vitro*, pero no contempla método alguno en el que intervenga una tercera persona en el proceso de gestación y hasta el nacimiento ni los requisitos de su intervención.
- l) El pasaje más importante de toda esta sentencia estriba en el análisis que hace el juzgador de la Sala Familiar, al afirmar que

...si bien es verdad el Estado no es un sujeto que directamente participa en el procedimiento de la procreación con asistencia médica, dado que la procreación es una decisión autónoma, de derecho privado, que pertenece a la familia, a la persona individual; y el Estado debe reconocer el máximo de autonomía posible; no menos cierto es que, no puede quedar al margen cuando existen intereses que deben protegerse como los del ser concebido mediante las técnicas de reproducción asistida que esté por nacer y, sobre todo, cuando para la concepción se utilizan técnicas que requieren un control sanitario, pues no se puede dejar todo en manos de las partes involucradas y resulta imperiosa la intervención estatal a través del legislador que debe asentar las bases y principios que enmarquen la actividad de la sociedad, por ende, es necesario que el Estado sea quien diseñe los límites de la actividad médica y de la investigación científica que desarrolla estas técnicas.

- m) Luego, hace un análisis del ejercicio y estructura de los derechos humanos, interpretando lo que quisieron transmitir el Comité de Derechos Humanos y la CoIDH en relación con las niñas, los niños y los adolescentes. En función de ello, establece que, en cualquier decisión

²¹ El término “maternidad subrogada” es al que se refiere la sentencia que se comenta, pero es evidente que se trata de una gestación por sustitución o gestación subrogada.

²² Artículo 293 del Código Civil de la Ciudad de México: “También se da parentesco por consanguinidad entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, que han procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora. Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida”.

relacionada con ellos, los impartidores de justicia deben considerar el impacto en este tipo de derechos, pero analizando, primero, la vida y el cuidado en el momento del nacimiento y, posteriormente, su supervivencia y desarrollo desde el punto de vista de su dignidad, y aplicar el principio *pro homine* para reconocer, en primer lugar, a la familia como derecho humano, pero sin desatender los requisitos de la ley para su tramitación, así como la elección de la norma o la interpretación más restringida cuando se trate de establecer límites a los derechos y elegir la norma más favorable a la persona, atendiendo a que esta preferencia de la norma en conflicto es en razón de la parte situada en inferioridad de condiciones.

La resolución final es contraria a los apelantes; sin embargo, su contenido de estudio de fondo y forma es relevante, porque incluso no continuaron con un amparo.

4. *Valoración de la sentencia de alzada*

La sentencia que se comenta contiene varios aspectos interesantes:

- 1) Que el juzgador de apelación únicamente pudo ratificar la negativa de aceptar un asunto por falta de legislación aplicable, que fue lo que hizo el juez primigenio, y con ello dar por terminada su intervención; no obstante, contrario a esta lógica, hace un estudio de los agravios de los impetrantes de la apelación.
- 2) Emite una decisión en la que hace un reconocimiento de los aspectos de fondo y de forma, y considera que la gestación subrogada existe en la realidad fáctica y que ésta debe ser legislada, pero que de ninguna forma acepta que un juzgador o un fedatario público pueda dar licitud a una expresión de voluntad de las partes.
- 3) Contempla la posibilidad de que las personas que intervienen sean extranjeras, pero indica que se debe revisar la calidad migratoria que deben tener para acceder a este procedimiento y, aunque no explica cuál debe ser ésta, considera que la circunstancia de salida del país en compañía de un hijo nacido en estas condiciones implica mucho más que tener la calidad migratoria de turista.
- 4) Analiza los derechos humanos de todos los que intervienen, reconociendo el libre desarrollo de las personas a través de la oportunidad de tener una familia. No obstante, considera que en el caso de las

niñas, los niños y los adolescentes debe prevalecer el cuidado de su dignidad a partir del momento de la vida, cuya legislación de apoyo debe ser dentro del sector salud, y, posteriormente, asegurar de manera jurídica su personalidad y desarrollo con la obligación de tener un registro de nacimiento, que es el punto de filiación sobre el que hay que legislar.

- 5) Considera la existencia de todos los participantes y que la tercera subrogante debe tener no sólo obligaciones, sino también derechos sobre su cuerpo y la expresión libre de su decisión de desarrollar una vida dentro de su cuerpo.
- 6) Del fallo se desprende que el contrato que establezca esta práctica debe ser lícito, existir en la naturaleza jurídica e, incluso, en el comercio para que pueda ser inscrito ante la Procuraduría del Consumidor, a fin de que cuando haya un motivo de conflicto exista apoyo en la ejecución de los términos obligacionales del acto que celebran las partes.
- 7) La sentencia permite inferir que es el Estado, desde el Poder Legislativo, quien tiene que estudiar y decidir los cambios y las inclusiones de nuevos conceptos en las leyes, y no obligar al Poder Judicial a que decida la forma de este proceso.
- 8) Finalmente, este fallo sirve para tomar conciencia de que las vías procesales a las que acudan tanto los abogados como los justiciables deben ser aquellas acordes con lo que quieren obtener.

V. CONCLUSIONES

Como se puede observar, falta mucho camino por andar; pero los problemas reales que se pueden mencionar en el ensayo-error en que ha vivido esta figura gestacional en México requieren atención para ser solucionados. Por lo pronto, a partir del desarrollo de este capítulo es dable extraer las siguientes conclusiones:

No es posible evitar las realidades existentes y los derechos consecuentes. Es decir, si no se establecen legalmente las estructuras y los procedimientos y límites para la existencia de la gestación por sustitución, la seguridad de la filiación del niño y las obligaciones de cada una de las partes, seguirán presentándose errores y horrores para los participantes, principalmente para los niños que nacen como consecuencia de esta práctica.

Es discriminatorio el rechazar que las personas extranjeras, las solteras y las del mismo sexo busquen formar o ampliar su familia mediante la gesta-

ción por sustitución. Tal rechazo lleva a una homofobia y a una deficiencia de protección jurídica para todos.

Si los conceptos se insertan en un contrato, éste debe ser lícito, cubrir a todos y cada uno de los que intervengan y con medidas claras y de cumplimiento posible.

Los abogados deberán conocer los tratados internacionales relacionados con el derecho de las familias y saber cómo aplicarlos, así como tener conocimientos de derecho internacional privado.

Cuando se legisle sobre gestación por sustitución, deben observarse los aspectos multidisciplinarios del tema, incluyendo los de bioética y de salud, como los conceptos de reproducción humana y todo lo que puede suceder en un proceso de gestación y nacimiento. El verdadero problema no nace de las diferentes TRHA, sino que proviene del desconocimiento de los efectos de diverso orden que las mismas tienen con respecto a todos y cada uno de los involucrados.

Para salir de la clandestinidad y de las malas prácticas, es necesario encarar todas las situaciones y legislar al respecto.

VI. BIBLIOGRAFÍA

GIRE, *Gestación subrogada en México. Resultados de una mala regulación*, México, 2017, disponible en: gestacion-subrogada.gire.org.mx.