

CAPÍTULO PRIMERO

APROXIMACIÓN A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN*

María Mercedes ALBORNOZ
Mónica María Antonieta VELARDE MÉNDEZ

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Antecedentes.* III. *Concepto y modalidades de gestación por sustitución.* IV. *Precisiones terminológicas.* V. *Naturaleza jurídica.* VI. *Carácter interdisciplinario del tema.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

La gestación por sustitución es una práctica a la cual se recurre actualmente en distintos lugares del mundo. El tema es controvertido y presenta aristas susceptibles de ser analizadas bajo la lente de distintas disciplinas. Ha alcanzado visibilidad en la sociedad debido a ciertos conflictos surgidos en casos transfronterizos en los cuales una pareja se había desplazado al extranjero para tener allí un hijo a través de la gestación por sustitución y luego regresaba o intentaba regresar junto con el niño a su Estado de residencia, a fin de que la familia continuara viviendo allí. La prensa y las redes sociales se hicieron eco de estos conflictos que, adicionalmente, en muchas ocasiones iban de la mano del reconocimiento jurídico de familias que difieren del modelo tradicional, como las constituidas por parejas de personas del mismo sexo, quienes también pueden beneficiarse de la gestación subrogada mediante la aplicación de las TRHA.

En este capítulo se presentarán algunos antecedentes de la gestación por sustitución, para luego abordar el concepto y las modalidades que puede adoptar. Posteriormente, se hará una serie de precisiones terminológicas. A

* Las autoras agradecen a Fernanda Morales Arreola por su colaboración como asistente de investigación en este capítulo.

continuación, se presentarán diversas posturas acerca de la naturaleza jurídica de la gestación por sustitución y se finalizará insistiendo en el carácter interdisciplinario del tema.

II. ANTECEDENTES

Eleonora Lamm señala que los primeros antecedentes de la gestación por sustitución ya eran mencionados en el Antiguo Testamento.¹ En efecto, en el Génesis son relatadas, por ejemplo, las historias de Sarah y Raquel, quienes no podían dar hijos a sus respectivos maridos. Por eso, cada una de ellas instó a su esposo a tener relaciones sexuales con una esclava y así lograron que nacieran sus hijos —Ismael, hijo de Sarah y Abraham,² y Dan, hijo de Raquel y Jacob—.³ Sin embargo, también hay quien considera que estas historias bíblicas no pueden ser tomadas como base de la figura actual, “pues en los pasajes de la Biblia siempre la que ha parido al niño ha sido su madre, además de que, según las costumbres de la época, una mujer estéril podía dar una sirvienta a su esposo y reconocer como propios a los hijos nacidos de esa unión”.⁴

Asimismo, han existido en la doctrina intentos de encontrar antecedentes de la gestación por sustitución en el derecho romano.⁵ Pero lo cierto es que, si se les compara a aquéllos con la problemática que el constante desarrollo de las TRHA genera actualmente, no se advierte semejanza.⁶

Una aproximación contemporánea al tema implica tomar en cuenta que el primer acuerdo de este tipo se llevó a cabo en 1976 en Michigan, Estados Unidos de América, mediante inseminación artificial —por lo tanto, utilizando material genético de la gestante—.⁷ Tal como lo refiere Lamm,⁸ la posibilidad de que la gestante no aportara sus óvulos surgió en 1978, cuando apareció la técnica de la fertilización *in vitro*.

¹ En este sentido, véase Lamm, Eleonora, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, p. 19.

² Génesis, 16:1-4.

³ Génesis, 30:1-6.

⁴ Chiapero, Silvana María, *Maternidad subrogada. Esterilidad. Derecho a la procreación. Nuevas técnicas. Protección del embrión extracorpóreo. Filiación. El contrato de gestación por otro. Efectos de la nulidad. Presunción derivada del hecho del parto*, Buenos Aires, Astrea, 2012, p. 86.

⁵ Bazán, María Elena y Llaryora, Bibiana, “Maternidad subrogada, ¿existió en Roma?”, *Foro de Córdoba*, núm. 105, 2006, pp. 19-30.

⁶ En este sentido, véase Chiapero, Silvana María, *loc. cit.*

⁷ Lamm, Eleonora, *op. cit.*, p. 20.

⁸ *Idem.*

El primer caso de fertilización *in vitro* documentado como exitoso es el de *Louise Brown*, que tuvo lugar en Reino Unido. Como la señora Lesley Brown padecía bloqueos en ambas trompas de Falopio, se le practicó una extracción de óvulos y, con material genético de su esposo John, se generó en una probeta el embrión, que luego le fue transferido.⁹ Meses después, en julio de 1978, nació Louise Brown, quien fue el primer ser humano concebido fuera del cuerpo de su madre. Unos años más tarde, en 1983, se logró en Australia el embarazo de una mujer infértil, recurriéndose a la donación de óvulos.¹⁰

Otro caso relevante en la evolución de las TRHA, y especialmente en materia de gestación por sustitución, es el de *Baby M*, acaecido en Nueva Jersey, Estados Unidos de América,¹¹ que puso sobre la mesa serios problemas susceptibles de presentarse cuando las personas recurren a esta figura. Dado que la señora Elizabeth Stern no podía gestar, su esposo, el señor William Stern, celebró en 1985 un contrato con la señora Whitehead y su marido. Según lo acordado, esta última sería inseminada con material genético del señor Stern y, aportando sus óvulos, gestaría un bebé que, una vez nacido, entregaría al señor Stern, renunciando además a sus derechos de filiación con el objeto de que el niño pudiera ser adoptado por la señora Stern. A cambio del servicio prestado, la señora Whitehead percibiría un pago de 10,000 dólares estadounidenses.¹² Todas las gestiones relativas a la coordinación de la celebración del contrato estuvieron a cargo del Centro de Infertilidad de Nueva York, que recibió del señor Stern la suma de 7,500 dólares.¹³ El esposo de la señora Whitehead también fue parte del contrato y aceptó hacer todo lo que estuviera a su alcance para rebatir la presunción legal de que él era el padre del niño.

Tal como se acordó, la señora Whitehead fue inseminada con gametos del señor Stern, se embarazó y el 27 de marzo de 1986 dio a luz a una niña, pero posteriormente se negó a entregarla al señor Stern y huyó a Florida.¹⁴ Los Stern acudieron a la justicia y, luego de haber transitado por diversas instancias, el caso llegó a la Suprema Corte de Nueva Jersey. En su sentencia del 3 de febrero de 1988,¹⁵ dicha corte determinó que el contrato era nulo y

⁹ Kamel, Remah Moustafa, "Assisted Reproductive Technology After the Birth of Louise Brown", *Journal of Reproduction & Infertility*, vol. 14, núm. 3, 2013, p. 96.

¹⁰ *Ibidem*, p. 98.

¹¹ *In re Baby M*, 109 N.J. 396, 537 A. 2d. 1227, 1988 N.J. Lexis 1, 77 A.L.R. 4th 1 (N.J., Feb. 3, 1988), disponible en: <https://casetext.com/case/matter-of-baby-m-2>.

¹² *Idem*.

¹³ *Idem*.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ *Idem*.

que la señora Whitehead era la madre. Asimismo, se remitió el caso al tribunal familiar para que resolviera la cuestión de la custodia, atendiendo al interés superior de la niña. Al final, se decidió que el matrimonio Stern debía conservar la custodia, porque ello respondía al interés superior de Melissa, y se le confirió el derecho de visita a la señora Whitehead.

Las cuestiones que los tribunales enfrentaron en el *caso Baby M* incluyen el derecho de acceder a TRHA para procrear, a la validez del contrato de gestación por sustitución celebrado, así como el derecho a reclamar la paternidad o la maternidad del niño nacido a raíz de esta figura y la forma en que debe operar el interés superior del niño. Actualmente, los tribunales de Estados donde se lleva a cabo la gestación por sustitución y, en casos transfronterizos, los de los Estados de destino o recepción de la familia continúan enfrentándose a los mismos problemas, entre otros que también se relacionan con esta vía para procrear.

III. CONCEPTO Y MODALIDADES DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

El concepto y las modalidades de la gestación por sustitución están íntimamente relacionados entre sí. De hecho, la diversidad de modalidades dificulta la tarea de definir esta práctica sin dejar ninguna variante fuera de los contornos del concepto. A pesar de la incidencia recíproca que cada cuestión tiene en la otra, antes de presentar las modalidades que la gestación por sustitución puede adoptar, se comenzará por conceptualizar la figura.

1. *Concepto de gestación por sustitución*

La conceptualización de la gestación por sustitución va de la mano de la evolución que las TRHA han tenido a lo largo del tiempo y, en particular, desde la década de los setenta en adelante. Como se mencionó más arriba, se relaciona también con las diferentes modalidades que el acuerdo entre los sujetos intervinientes puede asumir.

Lamm señala que una de las primeras definiciones conocidas fue la propuesta por Coleman.¹⁶ Según este autor:

...la maternidad subrogada es una aplicación novel de la técnica de la inseminación artificial que resulta en el nacimiento de una criatura con un nexo bio-

¹⁶ Lamm, Eleonora, *op. cit.*, p. 22.

lógico unilateral a la pareja infértil. La gestante es una mujer fértil que conviene que, mediante contrato, se le insemine artificialmente con el semen de un hombre casado con otra mujer, gestar el niño y darle a luz o procrearle. Una vez nacido el niño, la gestante o suplente renuncia su custodia a favor del padre biológico y, además, termina todos sus derechos de filiación sobre el niño para que la esposa del hombre con cuyo semen fue inseminada le adopte.¹⁷

Esta definición, que data de 1982 y que, examinada a la luz de los desarrollos del siglo XXI, resulta desactualizada en varios aspectos,¹⁸ tiene algunos méritos: por un lado, el de visibilizar y describir una práctica muy novedosa en materia de gestación, y, por otro lado, el considerarla como “una aplicación” de una TRHA y no como una TRHA en sí misma. No obstante, otras aristas del concepto de Coleman ya no serían apropiadas hoy; por ejemplo, la alusión expresa a la sola inseminación artificial, sumada a la exigencia implícita de que la gestante aporte sus gametos, o la necesidad de que los padres intencionales sean dos, que sean personas de distinto sexo y estén unidos entre sí en matrimonio, que la madre intencional sea infértil y que el padre intencional aporte sus gametos. Por último, tampoco sería adecuado en la actualidad que el contrato confiriera la custodia sólo al padre intencional varón y vinculado genéticamente con el niño sin contemplar a la madre intencional, y no dejándole a esta última otra alternativa para establecer un vínculo filial con el niño que la de adoptarlo.¹⁹

Si se toma en cuenta otra definición de principios del siglo actual, como la de Marina Pérez Monge, se advierte un importante salto cualitativo. Desde la perspectiva de esta autora, la gestación por sustitución es

...el contrato oneroso o gratuito, por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su óvulo, comprometiéndose a entregar el nacido a los padres intencionales (persona o pareja, casada o no), que podrán aportar o no sus gametos; en este último caso, los gametos procederán del donante (masculino y/o femenino).²⁰

Esta definición es, naturalmente, mucho más amplia y moderna que la de Coleman en varios sentidos. En primer lugar, es tecnológicamente neutra, en el sentido de que no se pronuncia por la utilización de ninguna

¹⁷ Coleman, Phyllis, “Surrogate Motherhood: Analysis of the Problems and Suggestions for Solutions”, *Tennessee Law Review*, vol. 50, núm. 1, 1982, p. 75.

¹⁸ En este mismo sentido, véase Lamm, Eleonora, *op. cit.*, p. 23.

¹⁹ De todos modos, se reconoce que, hoy en día, algunos sistemas jurídicos no ofrecen al padre intencional no relacionado genéticamente con el niño otra vía que la de la adopción.

²⁰ Pérez Monge, Marina, *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2002, p. 329.

TRHA específica, dejando así abierta la posibilidad de emplear diversas técnicas o, incluso, ninguna —si las partes estuvieran de acuerdo en tener relaciones sexuales—. En segundo lugar, en cuanto al material genético con el cual se gesta al niño, permite una amplia gama de variantes, eliminando la exigencia de que la mujer gestante aporte su óvulo. Así, los gametos podrían provenir de los padres intencionales, de la misma gestante o también de donantes. En tercer lugar, en cuanto al acceso de los padres intencionales a esta práctica, el mismo no está limitado a parejas del mismo sexo casadas: al abrírselo a una “persona o pareja, casada o no”, quedan comprendidos los individuos y las parejas —sin que su estado civil ni su identidad de género ni su orientación sexual sean relevantes—. En cuarto lugar, como derivación lógica de lo anterior, no se requiere que la madre intencional padezca infertilidad. En quinto lugar, la entrega del niño debe hacerse a los padres intencionales, lo que cubre a ambos, en el supuesto de que se trate de una pareja. Nótese que la definición de Pérez Monge indica que el contrato puede ser oneroso o gratuito, lo que abre la posibilidad de que las partes pacten que la mujer gestante reciba una contraprestación económica.

En una línea similar, que procura definir el concepto de manera amplia, se ubican también otros autores. De acuerdo con Ingrid Brena, se puede “definir la maternidad subrogada como un procedimiento mediante el cual una persona o una pareja encargan a una mujer la gestación de un niño, el cual será entregado a la pareja o persona que lo solicitó después de su nacimiento”.²¹ Según Laurence Brunet, es “una práctica en la que una mujer se queda embarazada con la intención de ceder un niño a otra persona al nacer”.²² Esta autora señala, además, que la intervención médica no es indispensable cuando quien se embaraza aporta su material genético, pero sí lo es en caso contrario.

En un esfuerzo aún más comprensivo, Eleonora Lamm entiende que la gestación por sustitución debe ser definida como “una forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente”.²³

²¹ Brena, Ingrid, “La maternidad subrogada ¿es suficiente la legislación vigente para regularla?”, *Revista de Derecho Privado*, México, núm. 23, 2009, p. 143, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado/article/view/8967/11017>.

²² Brunet, Laurence *et al.*, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, Unión Europea, 2013, p. 12, disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf).

²³ Lamm, Eleonora, *op. cit.*, p. 24.

El compromiso de la gestante de entregar o ceder el niño a los padres intencionales constituye un elemento esencial que, si bien está presente en todas las definiciones retomadas en esta sección, es incorporado en la definición de Lamm de un modo más preciso. Efectivamente, se considera que el foco no debe estar puesto en la entrega del niño como tal, sino en la finalidad de que se establezcan vínculos jurídicos de filiación entre él y los padres intencionales. Otra característica positiva y novedosa de la definición que propone la autora argentina consiste en que se refiere a la gestante como persona, no como mujer. Esto es importante porque permitirá que también queden comprendidos en el concepto aquellos casos en los que una mujer que ha pasado por un proceso de reasignación de sexo por identidad de género mantiene su útero y gesta, así como aquellos en los cuales, gracias a los avances científicos en materia de trasplantes de útero, la persona gestante sea hombre.²⁴

El rescate de elementos valiosos de las definiciones presentadas, con la intención de construir un concepto lo suficientemente amplio como para abarcar todas las modalidades que serán explicadas a continuación, permite proponer la siguiente definición: la gestación por sustitución es un contrato —celebrado a título gratuito u oneroso— entre una persona gestante y otra persona o pareja de padres intencionales, a fin de que la primera geste un embrión, aportando o no sus gametos, y el niño nacido en consecuencia tenga vínculos jurídicos de filiación con el o los padres intencionales.

2. Modalidades de gestación por sustitución

La práctica de la gestación por sustitución implica la existencia de un acuerdo de voluntades de, por lo menos, dos personas y, generalmente, también la intervención de personal médico que utilice una de las TRHA disponibles. Es factible, como sucedió en el *caso Baby M*, que la gestante aporte su material genético o que éste pertenezca a otra mujer —sea ella la madre intencional o una donante de óvulos—. En cuanto a los gametos masculinos, pueden ser aportados por el padre intencional hombre, por uno de los padres intencionales hombres, así como por un donante. De esta manera, se abre la puerta a que los padres intencionales puedan ser una pareja de personas de diferente sexo o del mismo sexo, pero también puede darse el caso

²⁴ Sobre las múltiples posibilidades que abre y podría abrir el trasplante de útero, véase Alghrani, Amel, “Uterus Transplantation in and Beyond Cisgender Women: Revisiting Procreative Liberty in Light of Emerging Reproductive Technologies”, *Journal of Law and the Biosciences*, vol. 5, núm. 2, 2018, pp. 301-328.

de que un hombre o una mujer quiera asumir la paternidad o la maternidad fuera de una relación de pareja.

Juntamente con la cuestión de si la persona gestante aporta material genético o no lo hace y de que puedan optar por acceder a la gestación por sustitución nuevos tipos de familias, hay otras dos cuestiones que tienen un reflejo en la configuración de las modalidades. Una de ellas consiste en el hecho de si se recurre o no a la donación de gametos y, en su caso, si se trata de gametos femeninos, masculinos o ambos. La otra cuestión es la de si, más allá del reembolso de gastos en los que incurre para cumplir lo acordado,²⁵ la persona gestante recibe una compensación económica.

Existen dos modalidades principales de la gestación por sustitución: la tradicional o total y la gestacional o parcial. Cada una de ellas admite ciertas variantes.

En la gestación por sustitución tradicional o total, la persona gestante lleva a cabo la gestación y también aporta sus propios gametos, por lo que tiene un vínculo genético con el niño gestado. El espermatozoide puede provenir del padre intencional hombre, de uno de los padres intencionales hombres o de un tercero donante. En el caso de los dos primeros supuestos, habrá un padre intencional vinculado genéticamente con el niño. Asimismo, si bien es cierto que generalmente se utiliza la técnica de la inseminación artificial, también se puede llegar al embarazo de la gestante, como lo señala Lamm, “en circunstancias informales, a través del sexo o la inseminación casera, con poca o ninguna participación del Estado o de los profesionales de la salud”.²⁶ A su vez, la gestación por sustitución tradicional podrá ser altruista u onerosa.

En la gestación por sustitución gestacional o parcial, en cambio, la persona gestante sólo lleva a cabo la gestación, pero no aporta sus gametos. Los gametos empleados provendrán, por un lado, de la madre intencional —en el supuesto de que haya una que esté en condiciones y desee hacerlo— o de una tercera donante²⁷ y, por otro lado, del padre intencional hombre, de uno de los padres intencionales hombres o de un tercero donante. En la gestación por sustitución gestacional se usa necesariamente la técnica de la fecundación *in vitro*. Se suele recurrir a esta modalidad cuando se busca evitar que la persona gestante tenga un vínculo genético con el niño. Así, por ejemplo, es la figura adecuada cuando el embrión se forma con material genético de

²⁵ Estos gastos no se limitan a los estrictamente médicos, por lo que pueden quedar comprendidos allí los gastos de ropa, alimentación, transporte, y otros en los que la persona gestante incurra a fin de llevar a buen término la gestación.

²⁶ Lamm, Eleonora, *op. cit.*, p. 28.

²⁷ *Idem.*

una pareja de padres intencionales de distinto sexo. Finalmente, al igual que la gestación por sustitución tradicional, la gestacional también puede ser altruista u onerosa.

La siguiente tabla permite apreciar las diferentes combinaciones posibles dentro de cada modalidad principal.

<i>Gestación por sustitución</i>	<i>Óvulo de la gestante</i>	<i>Óvulo de la madre intencional</i>	<i>Óvulo de donante</i>	<i>Espermatozoide del padre intencional</i>	<i>Espermatozoide de donante</i>	<i>Gestante recibe retribución económica</i>
Tradicional altruista	X			X		
Tradicional onerosa	X			X		X
Tradicional altruista	X				X	
Tradicional onerosa	X				X	X
Gestacional altruista		X		X		
Gestacional onerosa		X		X		X
Gestacional altruista		X			X	
Gestacional onerosa		X			X	X
Gestacional altruista			X	X		
Gestacional onerosa			X	X		X
Gestacional altruista			X		X	
Gestacional onerosa			X		X	X

FUENTE: elaboración propia.

IV. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

Para hacer alusión al fenómeno de la gestación por sustitución, tanto en el derecho comparado como en la jurisprudencia y en las doctrinas nacional y

extranjera, se utiliza una serie de términos que conviene tener en cuenta aquí, pues requieren la formulación de ciertas precisiones. Igualmente, se harán algunas consideraciones acerca de la manera de denominar a los sujetos que intervienen en la gestación por sustitución. Esta sección permitirá identificar la terminología cuyo uso será preferido a lo largo de la presente obra, así como justificar tal preferencia.

1. *Denominación de la figura*

Si bien la expresión “maternidad subrogada” es una de las que goza de mayor difusión en los países de habla hispana para aludir a la “gestación por sustitución”, esta última cada vez se va abriendo más paso, y lo hace con firmeza. Pero estas denominaciones distan mucho de ser las únicas. En efecto, además de las expresiones “maternidad subrogada” y “gestación por sustitución”, el amplio abanico de términos empleados para referirse a la figura incluye, entre otros, los siguientes: maternidad sustituta o maternidad por sustitución; maternidad por encargo; maternidad de alquiler; alquiler —o renta— de vientre —o de útero— o vientre de alquiler; uso de útero; préstamo de útero; donación temporaria de útero; gestación por otro o gestación para otro; gestación subrogada; gestación sustituta.

En países anglosajones prevalece ampliamente el empleo de las expresiones *surrogate motherhood* o *surrogacy arrangement*. Asimismo, según la modalidad de la que se trate, se utilizan *substitute gestation* y *gestational surrogacy arrangement*. Por su parte, en Italia se usan *maternità surrogata*, *utero in affitto*, *gestazione surrogata*, *gestazione per altri*, mientras que en países francófonos predomina la expresión *gestation pour autrui* —ampliamente conocida por su sigla GPA—, aunque también se usan *maternité de substitution* y *prêt d’uterus*.

Es preciso buscar la expresión que más se ajuste a la realidad y que sea lo suficientemente amplia como para comprender todas las modalidades de la figura. Entre las denominaciones reportadas es posible identificar tres grupos.²⁸ Un primer grupo se concentra en el útero de la gestante y lo toma como objeto de contratos de distinto tipo: alquiler —o renta—, préstamo o donación temporaria. También cabe aquí la referencia al “útero subrogado”. Se entiende que estas expresiones no son adecuadas dado que pierden de vista la finalidad del acuerdo: la gestación. Nótese, igualmente, que estas

²⁸ Con esto no se quiere decir que no sea posible proponer otros criterios de agrupamiento o clasificación. De hecho, por ejemplo, se puede hacer una clasificación entre vocablos jurídicos —alquiler o préstamo—, biológicos —gestación o útero— y funcionales —sustitución, subrogación—, tal como lo propone Chiapero. Véase Chiapero, Silvana María, *op. cit.*, p. 101.

expresiones —en especial “vientre de alquiler”— tienen una connotación despectiva.²⁹

El segundo grupo se focaliza en la maternidad y la califica como subrogada, sustituta, por sustitución, por encargo, de alquiler. Más allá de los calificativos empleados, se estima poco apropiado usar la denominación “maternidad”. En palabras de Eleonora Lamm:

...la gestante no es la madre, por lo que la palabra “maternidad” no es la adecuada. La maternidad engloba una realidad mucho más extensa que la gestación. Madre significa mucho más que matriz y que parto. El estado de madre es un proceso que se inicia desde antes de la fecundación del óvulo por el espermatozoide (etapa de querer ser madre) y se prolonga por mucho tiempo después del advenimiento del hijo (etapa de tener que ser madre).³⁰

Si se aceptara la referencia explícita a la “maternidad”, nuevamente se estaría perdiendo de vista la cuestión central del acuerdo entre las partes, que es la gestación.

El tercer grupo de denominaciones logra poner la mira en el aspecto esencial de la figura: la gestación. Por este motivo, se trata de expresiones más adecuadas a la realidad. Aquí se encuentran términos como “gestación por sustitución”, “gestación por otro”, “gestación para otro”, “gestación subrogada” e, inclusive, “gestación sustituta”.

Por último, se advierte que tanto la maternidad como la gestación son acompañadas por distintos calificativos: por sustitución, subrogada, por otro, para otro, sustituta. Tomándose como punto de partida el hecho de que, en sentido coloquial, la palabra “subrogar” significa “sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa”,³¹ se advierte que no es posible subrogar la maternidad.³² En todo caso, lo que podría subrogarse es la gestación.³³ En esta misma línea, se coincide con Lamm al preferir la expresión “gestación por sustitución” por entender que se adecua mejor a la realidad³⁴ que las otras denominaciones presentadas en este apartado. Asimismo, se considera que esta forma de designar la figura tiene el mérito de la neutralidad: el objeto del contrato es la gestación y, luego, le corresponderá al derecho

²⁹ Lamm indica que es erróneo “el vulgarismo «vientre de alquiler»; su matiz peyorativo es tan evidente como cuando en los 80 se hablaba de «bebé de probeta»”. Véase Lamm, Eleonora, *op. cit.*, p. 26.

³⁰ *Ibidem*, pp. 25 y 26.

³¹ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, ed. del tricentenario, actualización 2018, disponible en: <https://dle.rae.es>.

³² Lamm, Eleonora, *op. cit.*, p. 26.

³³ *Idem*.

³⁴ *Idem*.

aplicable determinar con respecto a quién o a quiénes se establece el vínculo jurídico de filiación.

En cuanto a las otras expresiones empleadas para calificar a la gestación, se entiende que la denominación ideal es “gestación por sustitución”, pero se consideran equivalentes “gestación por otro” y “gestación para otro”. Con respecto a la expresión “gestación subrogada”, en estricto sentido jurídico, cuando se recurre a la práctica estudiada, no se está ante una subrogación legal.³⁵ No obstante, se decide acoger también esta manera de denominarla, en atención a que la misma cuenta cada vez con mayor aceptación en el mundo jurídico hispanohablante³⁶ y a que la acepción coloquial del vocablo “subrogación” lo permite. Sin embargo, cabe tener presente que aquí el adjetivo “subrogada” es interpretado en sentido amplio, de acuerdo con el significado coloquial referido más arriba, de modo que la persona gestante sustituye —en cuanto a la gestación— a los padres de intención.

Finalmente, cabe aclarar que el término “gestación sustituta” se descarta como denominación general, ya que no es lo suficientemente comprensivo, pues sólo alude a la gestación por sustitución gestacional y deja fuera a la tradicional.

2. *Denominación de los sujetos intervinientes*

Con respecto a los sujetos que intervienen en la gestación por sustitución, se necesitan hacer algunas precisiones terminológicas que van en consonancia con lo expuesto en el apartado previo de esta misma sección.

Las partes del acuerdo o contrato genérico de gestación por sustitución —más allá de las modalidades propias de cada uno en concreto— son la persona gestante y los padres intencionales. Adicionalmente, aunque no es parte, el niño gestado y nacido como consecuencia de esta práctica también

³⁵ Contreras López afirma, con razón, que en la subrogación “la sustitución en la persona del acreedor original, se lleva a efecto de pleno derecho o por voluntad del legislador con motivo del pago de la deuda realizado por un tercero interesado jurídicamente en pagarla, a fin de que éste le cobre al deudor en su oportunidad”. Dicha autora sostiene que en el fenómeno estudiado —al que prefiere denominar “maternidad sustituta”— hay sustitución, pero no a título de subrogación, sino en virtud de un acuerdo de voluntades. Véase Contreras López, Raquel Sandra, “La maternidad sustituta y el contrato de prestación de servicios gestacional”, en Domínguez Martínez, José Alfredo y Sánchez Barroso, José Antonio (coords.), *Homenaje al maestro José Barroso Figueroa por el Colegio de profesores de Derecho Civil Facultad de Derecho-UNAM*, México, Porrúa, 2014, pp. 57 y 58, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3835/7.pdf>.

³⁶ Véase, por ejemplo, el informe de GIRE, *Gestación subrogada en México. Resultados de una mala regulación*, México, 2017, disponible en: <http://gestacion-subrogada.gire.org.mx/#/>.

debe ser considerado como un sujeto interviniente, ya que la protección de su interés superior resulta clave en esta materia.

Se considera que para denominar a la primera de las partes contratantes no es adecuado utilizar expresiones tales como “madre subrogada”, “madre portadora”, “madre de alquiler”, “madre por encargo” o “madre sustituta”. En cambio, se prefiere el término “gestante”, “persona gestante” o, si fuera el caso, “mujer gestante”. La aceptación de la denominación “persona gestante” tiene por finalidad la de reconocer y respetar la identidad de género de dicha persona, tomando en cuenta que se han presentado casos en que mujeres que pasaron por procesos de reasignación de sexo por identidad de género y que mantuvieron su útero pudieron gestar. A su vez, con el desarrollo de la ciencia y la tecnología modernas, se prevé que en un futuro se disemine la posibilidad de que los hombres reciban trasplantes de útero con la finalidad de realizar procesos de gestación en sus cuerpos. Tanto en un caso como en el otro, tales gestaciones podrían llegar a darse en el marco de acuerdos de gestación por sustitución.

Para aludir a la segunda parte contratante, hay quienes emplean denominaciones como “comitentes”, “solicitantes”, “padres intencionales” o “padres de intención”. No se considera apropiado referirse a ellos como “comitentes”, dado que no se está ante un contrato de comisión mercantil.³⁷ Tampoco se estima que el término “solicitantes” sea el más adecuado, pues sugiere la idea de solicitar algo a la autoridad, cuando lo que hay en realidad es un acuerdo de voluntades entre particulares. Se prefiere, en cambio, la expresión “padres intencionales” o, en su caso, “padres de intención”, ya que justamente se trata de las personas que tienen la voluntad de procrear recurriendo a la gestación por sustitución como vía. En efecto, son quienes manifiestan su voluntad procreacional. Como ya se señaló más arriba, los padres intencionales pueden ser una sola persona o una pareja. Si son pareja, ésta puede estar integrada por dos personas del mismo sexo o de distinto sexo.³⁸

Con respecto al niño gestado y nacido a raíz de la gestación por sustitución celebrada por adultos y cuyo interés superior debe ser protegido en todo momento, se prefiere denominarlo “niño”,³⁹ en lugar de “menor”, pues el primero es el que utiliza la CDN.

³⁷ Según el artículo 273 del Código de Comercio mexicano, “El mandato aplicado a actos concretos de comercio, se reputa comisión mercantil. Es comitente el que confiere comisión mercantil y comisionista el que la desempeña”.

³⁸ Siendo conscientes de esto y a fin de evitar repeticiones a lo largo de la obra, se acordó entre los autores utilizar la expresión “padres intencionales” para aludir indistintamente a hombres o mujeres y se indicará expresamente su sexo cuando el caso lo requiera.

³⁹ También se acordó entre los autores emplear el término “niño” para aludir indistintamente a niños o niñas y se indicará expresamente su sexo cuando ello sea necesario.

V. NATURALEZA JURÍDICA

¿Qué es la gestación por sustitución? ¿En qué consiste esta práctica? ¿De qué se trata dicha figura? La pregunta parece admitir diversas respuestas. En efecto, tan sólo una mirada a la doctrina iberoamericana permite encontrar una amplia gama de respuestas. Así, por ejemplo, se ha considerado que la gestación por sustitución es un “fenómeno social”,⁴⁰ un “supuesto especial de reproducción asistida”,⁴¹ un “procedimiento médico”⁴² o una “técnica de reproducción asistida”.⁴³ Pero también se ha estimado que es un “acuerdo”,⁴⁴ un “contrato”,⁴⁵ un “convenio”,⁴⁶ un “negocio jurídico especial de Derecho de Familia”⁴⁷ o un “hecho jurídico complejo que debe ser amparado por el derecho a través de un acto jurídico normativo”.⁴⁸

Evidentemente, la gestación por sustitución constituye un fenómeno social que se presenta en la realidad actual y, por lo tanto, también puede ser considerada como una práctica. Ahora bien, tomarla como un mero pro-

⁴⁰ Vela Sánchez, Antonio José, “La gestación de sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”, *Diario La Ley*, año XXXII, núm. 7608, 11 de abril de 2011, p. 1. Cit. por Lamm, Eleonora, *op. cit.*, p. 24.

⁴¹ Vela Sánchez, Antonio José, *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Granada, Comares, 2012, p. 1.

⁴² “...la maternidad subrogada es un procedimiento médico, que necesita ser regulado por el derecho y requiere de un instrumento jurídico por medio del cual se garanticen derechos y obligaciones de todos los intervinientes, pero no necesariamente tiene que ser mediante un contrato”. Véase Cantoral Domínguez, Karla y Rodríguez Collado, Margarita del Carmen, “Maternidad subrogada”, en Pérez Fuentes, Gisela María *et al.*, *La maternidad subrogada*, México, Tirant lo Blanch, 2017, p. 85.

⁴³ *Ibidem*, p. 89.

⁴⁴ Implícitamente, Lamm la considera un acuerdo al definirla como una forma de TRHA mediante la cual una persona “acuerda con otra persona” gestar un embrión. Véase Lamm, Eleonora, *op. cit.*, p. 24.

⁴⁵ Contreras López, Raquel Sandra, *op. cit.*, pp. 55-66. Chiapero también entiende que tiene naturaleza contractual, lo cual no impide que en ciertos ordenamientos jurídicos tal contrato sea nulo (Chiapero, Silvana María, *op. cit.*, pp. 103 y ss.). Asimismo, Albornoz y López consideran que surge de un contrato (Albornoz, María Mercedes y López González, Francisco, “Marco normativo de la gestación por sustitución en México: desafíos internos y externos”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, nueva época, vol. 11, núm. 39, enero-junio de 2017, p. 174, disponible en: <http://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/303/299>).

⁴⁶ Vela Sánchez, Antonio José, *La maternidad...*, *cit.*, p. 74.

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ Pérez Fuentes, Gisela María, “Repensando el derecho civil: la maternidad subrogada como un hecho jurídico complejo”, en Pérez Fuentes, Gisela María *et al.*, *La maternidad subrogada*, México, Tirant lo Blanch, 2017, p. 136.

cedimiento médico implicaría correr el riesgo de desconocer su dimensión jurídica. Por fortuna, no es éste el caso de Cantoral Domínguez y Rodríguez Collado, quienes, si bien la conciben como un procedimiento médico, inmediatamente señalan que requiere ser regulado por el derecho a fin de garantizar los derechos y las obligaciones de los intervinientes.⁴⁹

En cuanto a la cuestión de si la gestación por sustitución puede ser vista como una TRHA, se debe tener presente que éstas son “todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo”.⁵⁰ La definición se completa con una lista enunciativa —no limitativa— de ejemplos, en la cual se incluye la fecundación *in vitro*, así como la donación de ovocitos y embriones y el “útero subrogado”⁵¹ —queriéndose aludir, de esta manera inapropiada,⁵² a la gestación por sustitución—. No obstante, también hay quienes entienden que la gestación por sustitución no es una TRHA, sino “una práctica que involucra a otra persona en el proceso, que debe aceptar las consecuencias que puede conllevar someter su cuerpo al mismo”,⁵³ además de la mujer que accede a las TRHA para procrear. Asimismo, puede afirmarse que la gestación por sustitución conduce o habilita el uso de otras TRHA —por ejemplo, la inseminación artificial o la fecundación *in vitro*—.⁵⁴

De cualquier modo, una vez que se ha identificado a la gestación por sustitución como práctica, fenómeno social, supuesto especial de reproducción asistida, procedimiento médico o, incluso, TRHA, es normal que se le intente encuadrar en alguna institución jurídica existente y que, eventualmente, se proponga una figura nueva, *sui generis*.

Como punto de partida, resulta incuestionable que la gestación por sustitución es un acuerdo de voluntades. Las partes de dicho acuerdo o convenio son, por un lado, la persona gestante y, por otro lado, una o más personas

⁴⁹ Cantoral Domínguez, Karla y Rodríguez Collado, Margarita del Carmen, *op. cit.*, p. 85.

⁵⁰ *Glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida (TRA)*, versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), trad. de Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, 2010, disponible en: https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf.

⁵¹ *Idem*.

⁵² Véase el apartado 1 de la sección IV de este mismo capítulo.

⁵³ Marrades Puig, Ana, “La gestación subrogada en el marco de la Constitución Española: una cuestión de derechos”, *Estudios de Deusto*, vol. 65, núm. 1, 2017, p. 231.

⁵⁴ Vela Sánchez afirma que, en el convenio de gestación por sustitución, una mujer “consiente libremente en llevar a cabo la concepción —mediante técnicas de reproducción asistida— y gestación...”. Véase Vela Sánchez, Antonio José, *La maternidad...*, *cit.*, p. 74.

llamadas padres intencionales.⁵⁵ Desde esta perspectiva, también podría ser considerado un contrato, fuente de derechos y obligaciones para las partes.

No obstante, la posible naturaleza jurídica contractual de la gestación por sustitución genera diversas preocupaciones y cuestionamientos, que tienden a coincidir con los que despierta la gestación por sustitución en sí misma.⁵⁶ ¿Se trata de la venta de un niño? ¿Propicia el tráfico y la explotación de niños? ¿Es lícito disponer contractualmente del cuerpo de la mujer o de una parte de él? ¿Vulnera el interés superior del niño? ¿Promueve la explotación de la gestante y de su probable estado de necesidad? ¿Afecta el libre ejercicio de los derechos reproductivos de la gestante? ¿Es un contrato nulo, de nulidad absoluta? ¿Corresponde dejar librados estos temas a la autonomía de la voluntad de los particulares? ¿O con estos temas está en juego el interés público y el Estado debería intervenir y, si fuera el caso, en qué medida?

Estas preocupaciones han llevado a algunos autores a negar la naturaleza contractual de la gestación por sustitución y proponer otras alternativas. Así, para Vela Sánchez se trata de un “negocio jurídico especial de Derecho de Familia”,⁵⁷ con lo cual se lograría destacar el carácter singular de este negocio dentro del sistema jurídico y su carácter de interés público, y se evitaría que se le considerara como un contrato cualquiera de derecho civil y se le sometiera al régimen general de nulidad de los contratos.⁵⁸ De manera similar, negando que la gestación por sustitución tenga naturaleza contractual, Pérez Fuentes ve en ella un hecho jurídico complejo —el cual puede estar compuesto por “actos de la vida privada, actos de la administración pública, actos legislativos, hechos naturales”⁵⁹ dirigidos a un mismo fin— “que debe ser amparado por el derecho a través de un acto jurídico normativo y no por cualquier manifestación contractual, donde una de las partes es explotada”.⁶⁰ La realización voluntaria de un acto por parte de un sujeto es suficiente para que se desencadenen los efectos que le atribuye el Estado a través de la ley.⁶¹

Desde otra perspectiva, en cambio, la gestación por sustitución podría —como se adelantó más arriba— ser considerada como un contrato de derecho civil, dado que las partes prestan su consentimiento y, asimismo, del

⁵⁵ La eventual intervención de otros sujetos, como agencias intermediarias, se plasma en otros instrumentos vinculados con este acuerdo, pero diferentes.

⁵⁶ Véanse los capítulos segundo y tercero de la presente obra.

⁵⁷ Vela Sánchez, Antonio José, *La maternidad...*, *cit.*, p. 74.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 75.

⁵⁹ Pérez Fuentes, Gisela María, *op. cit.*, p. 136.

⁶⁰ *Idem*.

⁶¹ *Ibidem*, p. 135.

acuerdo celebrado entre ellas surgen derechos y obligaciones que son, en principio, exigibles jurídicamente.

Ahora bien, el contrato no debe constituir una venta de niño, pues ello vulneraría principios fundamentales consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos,⁶² así como en diversos cuerpos normativos internos de los Estados. Si, analizando un caso específico, una autoridad jurisdiccional concluyera que, en efecto, hubo una venta de niño, el contrato estaría viciado de nulidad absoluta.

Se entiende que el contrato tampoco debe ser visto como de arrendamiento de útero. El arrendamiento consiste en un contrato en virtud del cual una de las partes se obliga a conceder a la otra el uso o goce temporal de una cosa, y esta otra tiene la obligación de pagarle a la primera un precio cierto como contraprestación por ese uso o goce.⁶³ En primer lugar, el útero de la gestante no es una cosa —ni bien mueble ni inmueble— que esté en el comercio. En segundo lugar, el solo hecho de pensar en “trasladar el uso y/o goce de una cosa en posesión de persona distinta a la que la posee en su origen... resulta descabellado”⁶⁴ cuando de la matriz de la gestante se trata, al igual que la idea de devolver el objeto arrendado al término del contrato.⁶⁵ Estas complicaciones no harían más que agravarse si el contrato fuera total, es decir, si la gestante aportara también su material genético.

En cambio, la naturaleza jurídica de la gestación por sustitución parece ajustarse más a la de un contrato de prestación de servicios.⁶⁶ Desde esta perspectiva, en virtud del contrato de gestación por sustitución, una parte se obliga a gestar un embrión —aportando o no su material genético— durante el periodo necesario para dar a luz a un niño que será hijo de la otra parte, y ésta, a su vez, se obliga a cubrir los gastos surgidos con motivo de la gestación, pudiendo agregarse —o no— una compensación económica para aquélla.

⁶² Véase la sección II del capítulo decimotercero de la presente obra.

⁶³ En este sentido, véase, por ejemplo, el artículo 2398 del Código Civil para el Distrito Federal, de México.

⁶⁴ Contreras López, Raquel Sandra, *op. cit.*, p. 59.

⁶⁵ *Idem.*

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 61 y 62. Según Chiapero, la gestación por sustitución gestacional —a la que se refiere como “arrendamiento de útero”— puede ser calificada sin dificultad “como *servicio*”, ubicándola entre los contratos que tienen por objeto la prestación de un hecho positivo y no entre los que transmiten el uso o el dominio de una cosa. En cuanto a la modalidad tradicional, la considera como la venta del hijo futuro. De acuerdo con esta autora, ambas modalidades son manifiestamente ilícitas y afectadas de nulidad absoluta. Véase Chiapero, Silvana María, *op. cit.*, pp. 127-129.

Nótese que, desde esta perspectiva, el objeto principal del contrato de prestación de servicios gestacionales es una obligación de hacer que corresponde a la persona gestante: el servicio que ella debe prestar. Asimismo, se complementa, posteriormente, con una obligación de dar: entregar a los padres intencionales el producto del alumbramiento. López Contreras entiende que se está ante un contrato lícito referido a un hecho social con características particulares y que requiere regulación.⁶⁷ La autora defiende la licitud del contrato en México y lo hace en los siguientes términos:

Por lo tanto, el objeto del contrato de prestación de servicios de gestación, en primer lugar, no contraría las leyes de la naturaleza, y por lo mismo, es posible físicamente, y en segundo lugar, lo es también, jurídicamente, al no contrariar lo dispuesto en el Código Civil para el Distrito Federal, en la Ley General de Salud, en la Ley de Salud del Distrito Federal, y en el Código Penal para el Distrito Federal, en los que al respecto, no existe prohibición jurídica alguna para la celebración de un contrato de prestación de servicios gestacional, por lo que su regulación como tal es posible física y jurídicamente.⁶⁸

A modo de cierre de esta sección sobre la naturaleza jurídica, cabe apuntar que quizá, si la legislación de un sistema jurídico determinado estableciera un régimen adecuado para la figura de la gestación por sustitución, que lograra un equilibrio entre los derechos de las partes y la salvaguarda del interés público, podrían aproximarse las posturas que perciben a la gestación por sustitución como un negocio jurídico, como un acto jurídico normativo y como un contrato. Pues, más allá de opiniones puntuales sobre la naturaleza jurídica, en las diversas posturas que aquí fueron presentadas se encuentra subyacente la preocupación por garantizar la protección de los derechos de los sujetos intervinientes y, de manera muy particular, el interés superior del niño nacido a raíz de la gestación por sustitución.

VI. CARÁCTER INTERDISCIPLINARIO DEL TEMA

La presente obra aborda la gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica, pero es preciso tener en cuenta que el tema es netamente interdisciplinario. En efecto, este carácter se verifica tanto entre las diversas áreas del derecho como también con otras áreas del saber, fuera del ámbito jurídico,

⁶⁷ Contreras López, Raquel Sandra, *op. cit.*, p. 62.

⁶⁸ *Idem.*

por ejemplo, la medicina, la genética, la bioética, la sociología, la antropología y la psicología.

1. *Áreas del derecho*

En cuanto al ámbito jurídico, la gestación por sustitución se relaciona con diversas áreas o ramas del derecho interesadas en este fenómeno social como un todo o, al menos, en algunos de sus aspectos.

En la gestación por sustitución confluyen el derecho privado y el derecho público, así como los derechos interno —nacional o extranjero— e internacional. Aunque se trata de un tema netamente de derecho civil y de derecho de las familias, pues consiste en un acuerdo voluntariamente celebrado por particulares con la finalidad de ampliar una familia, el Estado que permite esta práctica debe garantizar que se lleve a cabo respetando los derechos humanos de todas las personas intervinientes.⁶⁹

La dimensión de derecho privado atañe, entre otros aspectos, a las condiciones de existencia y validez del acuerdo de gestación por sustitución, al establecimiento de la filiación del niño nacido en consecuencia y a su protección. De tales aspectos se ocupan el derecho civil y el derecho de las familias. El derecho internacional privado, por su parte, se preocupa por la continuidad del estatuto filial en situaciones transfronterizas y la protección del interés superior del niño, las cuales pueden ser atendidas a través de los diversos métodos con los que cuenta esta disciplina.⁷⁰

La dimensión de derecho público de la gestación por sustitución involucra los derechos humanos y, por lo tanto, le interesa al derecho internacional público y al derecho constitucional, pues las reglas fundamentales en esta área suelen estar consagradas en normas de fuente internacional, como los tratados internacionales, y en las Constituciones nacionales. Asimismo, el derecho administrativo puede tener un papel importante en la regulación de los requisitos que deban cumplir las clínicas —tanto públicas como privadas— en las que se lleven a cabo los procedimientos médicos necesarios, así como en el establecimiento de condiciones que deba reunir el personal de salud que intervenga. Adicionalmente, la gestación por sustitución transfronteriza le interesa al derecho migratorio, que será el que determine en qué condiciones, y según la nacionalidad del niño y de sus progenitores, todos ellos pueden salir de un Estado e ingresar a otro, de manera legal.

⁶⁹ Véase el capítulo segundo de la presente obra.

⁷⁰ Véanse los capítulos cuarto, quinto y decimosegundo.

2. *Disciplinas no jurídicas*

A. *Medicina y genética*

Las TRHA son medios desarrollados gracias a la investigación científica en el área de la genética, a través de los cuales se ha posibilitado que personas estériles o que no podían concebir se encuentren en condiciones de formar una familia. Como se ha visto más arriba, son “todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo”.⁷¹

Si bien existe la posibilidad de que la gestación por sustitución se lleve a cabo sin intervención médica —es decir, mediante relaciones sexuales—, casi siempre se recurre a las TRHA, que son implementadas por personal médico y auxiliares del sector salud. En efecto, en todos los casos —incluso cuando la concepción no haya sido realizada artificialmente— es trascendental la participación de personal médico en la procreación, en el seguimiento a la madre y al feto durante el embarazo, en el parto e inmediatamente después.

Entre las diversas TRHA cuya utilización es habitual en hospitales y en clínicas especializadas, se encuentran la fecundación *in vitro*, la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos y la transferencia intratubárica de embriones, la preservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y la donación de embriones.

B. *Bioética*

La gestación por sustitución le interesa a la bioética, en cuanto ésta se preocupa por la dignidad de las personas involucradas. Algunos casos en los que se han producido abusos generan alertas en torno a una posible mercantilización del cuerpo de la persona gestante y de sus órganos, así como de los niños nacidos a raíz de la gestación por sustitución y de la filiación. Considerar al cuerpo humano y a la persona como cosas y permitir que se comercie con ellas a cambio de una compensación pecuniaria, además de propiciar el tráfico de personas, pueden ser éticamente cuestionables. A ello se le añade el hecho de que, especialmente en contextos patriarcales de subordinación

⁷¹ *Glosario de terminología...*, cit.

de la mujer al varón,⁷² las personas gestantes tienden a ser mujeres pobres o vulnerables, que quedan expuestas a situaciones de explotación.⁷³

Por otro lado, el deseo de muchas personas de ampliar su familia mediante la procreación asistida y la reflexión acerca de sus posibles límites también entran dentro del objeto de estudio de la bioética.⁷⁴ Otro motivo de preocupación desde esta perspectiva es la actuación de agencias de intermediación, que ponen en contacto a los padres intencionales con las personas gestantes e intervienen durante el desarrollo de todo el proceso.

Aunque desde esta disciplina han surgido muchas voces en contra de la gestación por sustitución, se considera que el llamado de atención y la reflexión sobre la práctica, así como el reconocimiento de su existencia en la realidad actual, pueden orientar en la tarea de darle un encuadramiento jurídico apropiado que respete principios éticos mínimos.

C. Sociología y antropología

La gestación por sustitución y sus implicaciones son objeto de estudio de la sociología y la antropología. Entre las temáticas abordadas se encuentran las siguientes: el cambio de las estructuras familiares debido al acceso a esta práctica de personas solteras o de parejas de personas del mismo sexo;⁷⁵ la posibilidad de crear una visión negativa respecto de la mujer como “máquina de bebés” por la comercialización de la práctica;⁷⁶ el estigma social generado por quienes equiparan a la gestante con personas que ejercen la prostitución, por la similitud de la prestación de un servicio en virtud de un órgano privado de reproducción a cambio de una retribución económica;⁷⁷

⁷² López Guzmán, José y Aparisi Miralles, Ángela, “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, *Cuadernos de Bioética*, Madrid, vol. XXIII, núm. 78, 2012, p. 259, disponible en: <http://aebioetica.org/revistas/2012/23/78/253.pdf>.

⁷³ Wilkinson, Stephen, “The Exploitation Argument against Commercial Surrogacy”, *Bioethics*, Oxford, vol. 17, núm. 2, 2003, pp. 169-187, disponible en: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/1467-8519.00331>.

⁷⁴ Ramón Lucas Lucas entiende que los derechos reproductivos no pueden ejercerse libremente cuando están involucrados la vida de otro ser humano y su derecho a la identidad. Véase Lucas Lucas, Ramón, *Bioética para todos*, 4a. ed., México, Trillas, 2016, p. 2.

⁷⁵ Nebeling Petersen, Michael, “Becoming Gay Fathers through Transnational Commercial Surrogacy”, *Journal of Family Issues*, vol. 39, núm. 3, 2018, pp. 693-719.

⁷⁶ Corea, Gena, *The Mother Machine: Reproductive Technologies from Artificial Insemination to Artificial Wombs*, Nueva York, Harper Collins, 1985, 374 p.

⁷⁷ Sera, Jean M., “Surrogacy and Prostitution: A Comparative Analysis”, *Journal of Gender & the Law*, vol. 5, núm. 2, 1997, pp. 315-342, disponible en: <https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1241&context=jgspl&se>.

la polarización racial y de clases por la participación de personas de diferentes grupos étnicos y económicos;⁷⁸ la relación entre el altruismo y el trabajo reproductivo.⁷⁹

Es interesante observar que dentro de los movimientos feministas hay posturas tanto en contra como a favor de la gestación por sustitución. Simplificando al máximo un panorama complejo que admite muchos matices, las primeras ven en esta figura una forma de lucrar con la mujer y de tratarla como objeto, generando además una suerte de coerción económica de la mujer que cuenta con más recursos hacia la mujer que carece de ellos.⁸⁰ Las segundas, en cambio, adoptan una perspectiva más liberal que atiende a la autonomía reproductiva y a través de la cual se pugna por contar con una mejor regulación⁸¹ para proteger y garantizar los derechos reproductivos de todos los sujetos participantes.

D. *Psicología*

Se ha documentado que toda persona que gesta, inclusive si no proporciona su propio material genético, puede desarrollar una vinculación con el ser que porta en su cuerpo durante nueve meses o poco menos.⁸² Por lo tanto, se advierte la necesidad de que quien participa en una gestación por sustitución como gestante cuente con apoyo psicológico a lo largo de todo el proceso.

En efecto, la intervención de un profesional en esta materia es fundamental en la fase precontractual o previa al acuerdo de gestación por sustitución, para valorar si la persona que tiene la intención de gestar para otra es emocionalmente estable y si comprende con cabalidad las implicaciones del acto jurídico que está dispuesta a celebrar. Igualmente, es importante el acompañamiento terapéutico durante el proceso, no sólo para llevar el embarazo a buen término, sino también a fin de prepararse para entregar

⁷⁸ Allen, Anita L., “The Black Surrogate Mother”, *Harvard BlackLetter Journal*, vol. 8, 1991, pp. 17-31, disponible en: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1422/.

⁷⁹ Olavarría, María Eugenia, *Gestación para otros en México. Parentesco, tecnología y poder*, México, Universidad Autónoma Metropolitana-Gedisa, 2018, pp. 259-284.

⁸⁰ Palazzani, Laura, “Los valores femeninos en bioética”, en Aparisi Miralles, Ángela y Ballesteros Llompert, Jesús (coords.), *Por un feminismo de la complementariedad: nuevas perspectivas para la familia y el trabajo*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 2002, p. 68.

⁸¹ Sifris, Ronli, “Commercial Surrogacy and the Human Right to Autonomy”, *Journal of Law and Medicine*, vol. 23, núm. 2, 2015, pp. 365-377.

⁸² Palacios Alonso, Marcelo, *Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación “in Vitro” y la Inseminación Artificial Humanas*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1986, pp. 153 y 154.

a los padres intencionales el niño o los niños que dé a luz. Asimismo, la asistencia psicológica la ayudará a sobreponerse ante cualquier eventualidad imprevista a la que la confronte la realidad, incluyendo no solamente cuestiones médicas, sino también las relaciones con su propia familia e hijos, además de las relaciones sociales con otras personas de su entorno social que pudieran manifestar ciertos prejuicios o reprobar su elección de participar en una gestación subrogada, tanto si lo hace de modo altruista como si percibe una retribución económica.

Un problema que puede presentarse en relación con la atención psicológica de la persona gestante es el conflicto de intereses susceptible de surgir cuando son los padres intencionales quienes pagan los honorarios del profesional en psicología. En tal caso, “no existe garantía real de que su apoyo será imparcial y profesional”.⁸³ Aquí se advierte lo trascendente que resulta contar con una regulación que garantice una asistencia psicológica para asistir y proteger a la persona gestante.

El apoyo psicológico también es una herramienta apropiada para el acompañamiento de los padres intencionales antes, durante y después de la gestación por sustitución. Tomar la decisión de embarcarse en un proceso de este tipo para tener un hijo requiere una profunda labor de reflexión y, en caso de que los padres intencionales sean una pareja, un diálogo que les permita asegurarse de que ambos están de acuerdo.

Durante el periodo en el cual se desarrolla el embarazo, tiene lugar el alumbramiento y se gestiona la documentación pertinente, la asistencia de los padres intencionales por parte de un psicólogo puede ser muy útil para sobrellevar eventuales contratiempos. Finalmente, una vez que el niño ya vive con sus padres y a medida que va creciendo, la ayuda profesional puede apuntalar la toma de decisiones en cuanto a la manera en la que se le haga conocer al niño su propia historia e identidad.

VII. CONCLUSIONES

La gestación por sustitución, con las peculiaridades que puede tener en la actualidad, se ha desarrollado como una derivación de la evolución científica y la expansión de las TRHA en décadas recientes. Se propone definirla como un contrato, celebrado a título gratuito u oneroso, entre una persona gestante

⁸³ GIRE, *op. cit.*, p. 29. Tal como se señala en este informe de GIRE, el problema se extiende a todos los servicios que recibe la gestante —no solamente psicológicos, sino también médicos y legales—.

y otra persona o pareja de padres intencionales, a fin de que la primera, aportando o no sus gametos, geste un embrión y el niño nacido en consecuencia tenga vínculos jurídicos de filiación con el o los padres intencionales. En esta definición amplia quedan comprendidas las modalidades tradicional y gestacional con sus diversas variantes, según el carácter altruista u oneroso y según el origen de los gametos que conforman el embrión.

En cuanto a la terminología preferida, se considera apropiado denominar el fenómeno estudiado como “gestación por sustitución”, aunque también se admite el término “gestación subrogada”. Las partes del acuerdo son, por un lado, la persona gestante o, según el caso, la mujer gestante y, por otro lado, los padres intencionales o padres de intención.

Al analizar la cuestión de la naturaleza jurídica de la gestación por sustitución, se advierte que ésta parece ajustarse a la de un contrato de prestación de servicios. No obstante, existen también otras posturas que le niegan naturaleza contractual. Ante esta divergencia, se estima que las posturas que la perciben como un negocio jurídico, como un acto jurídico normativo y como un contrato podrían quizá llegar a aproximarse si la legislación de un sistema jurídico determinado estableciera un régimen adecuado para la figura, que lograra un equilibrio entre los derechos de las partes y la salvaguarda del interés público.

Por último, se recalca que la gestación por sustitución es un tema susceptible de ser estudiado desde la perspectiva de distintas disciplinas. Incluso dentro del derecho, les interesa a diversas áreas, varias de las cuales serán exploradas en los siguientes capítulos de esta obra.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBORNOZ, María Mercedes y LÓPEZ GONZÁLEZ, Francisco, “Marco normativo de la gestación por sustitución en México: desafíos internos y externos”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, nueva época, vol. 11, núm. 39, enero-junio de 2017, disponible en: <http://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/303/299>.
- ALGHRANI, Amel, “Uterus Transplantation in and Beyond Cisgender Women: Revisiting Procreative Liberty in Light of Emerging Reproductive Technologies”, *Journal of Law and the Biosciences*, vol. 5, núm. 2, 2018.
- ALLEN, Anita L., “The Black Surrogate Mother”, *Harvard BlackLetter Journal*, vol. 8, 1991, disponible en: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1422/.

- BAZÁN, María Elena y LLARYORA, Bibiana, “Maternidad subrogada, ¿existió en Roma?”, *Foro de Córdoba*, núm. 105, 2006.
- BRENA, Ingrid, “La maternidad subrogada ¿es suficiente la legislación vigente para regularla?”, *Revista de Derecho Privado*, México, núm. 23, 2009, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado/article/view/8967/11017>.
- BRUNET, Laurence *et al.*, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, Unión Europea, 2013, disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf).
- CANTORAL DOMÍNGUEZ, Karla y RODRÍGUEZ COLLADO, Margarita del Carmen, “Maternidad subrogada”, en PÉREZ FUENTES, Gisela María *et al.*, *La maternidad subrogada*, México, Tirant lo Blanch, 2017.
- CHIAPERO, Silvana María, *Maternidad subrogada. Esterilidad. Derecho a la procreación. Nuevas técnicas. Protección del embrión extracorpóreo. Filiación. El contrato de gestación por otro. Efectos de la nulidad. Presunción derivada del hecho del parto*, Buenos Aires, Astrea, 2012.
- COLEMAN, Phyllis, “Surrogate Motherhood: Analysis of the Problems and Suggestions for Solutions”, *Tennessee Law Review*, vol. 50, núm. 1, 1982.
- CONTRERAS LÓPEZ, Raquel Sandra, “La maternidad sustituta y el contrato de prestación de servicios gestacional”, en DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, José Alfredo y SÁNCHEZ BARROSO, José Antonio (coords.), *Homenaje al maestro José Barroso Figueroa por el Colegio de profesores de Derecho Civil Facultad de Derecho-UNAM*, México, Porrúa, 2014, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3835/7.pdf>.
- COREA, Gena, *The Mother Machine: Reproductive Technologies from Artificial Insemination to Artificial Wombs*, Nueva York, Harper Collins, 1985.
- GIRE, *Gestación subrogada en México. Resultados de una mala regulación*, México, 2017, disponible en: <http://gestacion-subrogada.gire.org.mx/#/>.
- Glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida (TRA)*, versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), trad. de Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, 2010, disponible en: https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf.
- KAMEL, Remah Moustafa, “Assisted Reproductive Technology After the Birth of Louise Brown”, *Journal of Reproduction & Infertility*, vol. 14, núm. 3, 2013.

- LAMM, Eleonora, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013.
- LÓPEZ GUZMÁN, José y APARISI MIRALLES, Ángela, “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, *Cuadernos de Bioética*, Madrid, vol. XXIII, núm. 78, 2012, disponible en: <http://aebioetica.org/revistas/2012/23/78/253.pdf>.
- LUCAS LUCAS, Ramón, *Bioética para todos*, 4a. ed., México, Trillas, 2016.
- MARRADES PUIG, Ana, “La gestación subrogada en el marco de la Constitución Española: una cuestión de derechos”, *Estudios de Deusto*, vol. 65, núm. 1, 2017.
- NEBELING PETERSEN, Michael, “Becoming Gay Fathers through Transnational Commercial Surrogacy”, *Journal of Family Issues*, vol. 39, núm. 3, 2018.
- OLAVARRÍA, María Eugenia, *Gestación para otros en México. Parentesco, tecnología y poder*, México, Universidad Autónoma Metropolitana-Gedisa, 2018.
- PALACIOS ALONSO, Marcelo, *Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación “in Vitro” y la Inseminación Artificial Humanas*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1986.
- PALAZZANI, Laura, “Los valores femeninos en bioética”, en APARISI MIRALLES, Ángela y BALLESTEROS LLOMPART, Jesús (coords.), *Por un feminismo de la complementariedad: nuevas perspectivas para la familia y el trabajo*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 2002.
- PÉREZ FUENTES, Gisela María, “Repensando el derecho civil: la maternidad subrogada como un hecho jurídico complejo”, en PÉREZ FUENTES, Gisela María *et al.*, *La maternidad subrogada*, México, Tirant lo Blanch, 2017.
- PÉREZ MONGE, Marina, *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2002.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, ed. del tricentenario, actualización 2018, disponible en: <https://dle.rae.es>.
- SERA, Jean M., “Surrogacy and Prostitution: A Comparative Analysis”, *Journal of Gender & the Law*, vol. 5, núm. 2, 1997, disponible en: <https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1241&context=jgspl&se>.
- SIFRIS, Ronli, “Commercial Surrogacy and the Human Right to Autonomy”, *Journal of Law and Medicine*, vol. 23, núm. 2, 2015.

- VELA SÁNCHEZ, Antonio José, “La gestación de sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”, *Diario La Ley*, año XXXII, núm. 7608, 11 de abril de 2011.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio José, *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Granada, Comares, 2012.
- WILKINSON, Stephen, “The Exploitation Argument against Commercial Surrogacy”, *Bioethics*, Oxford, vol. 17, núm. 2, 2003, disponible en: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/1467-8519.00331>.