



# Legislación comparada sobre gestación subrogada en el continente americano

## Autora

Marcela Cáceres Lara  
Email: [mcaceres@bcn.cl](mailto:mcaceres@bcn.cl)  
Tel.: (56) 32 2263934

Nº SUP: 117353

## Resumen

El presente documento presenta un panorama respecto de la legislación sobre gestación subrogada existente en el continente americano. Con este objetivo, se han considerado las experiencias de Argentina, Brasil, Colombia y Uruguay en América Latina, y de México, Estados Unidos y Canadá en América del Norte.

En **Argentina**, no existe una Ley que regule la gestación subrogada y hasta ahora ha sido la justicia la que ha fallado varias causas. No obstante, se han presentado varios proyectos de Ley, como el de Regulación de la Técnica de Gestación Solidaria 5700-D-2016, que consiste en el compromiso que asume una persona llamada gestante, de llevar a cabo la gestación a favor de una persona o pareja sin que exista vínculo de filiación alguna. Otra iniciativa legal, es la 5759-D-2016 de Gestación por Sustitución, que destaca el carácter no lucrativo o comercial del proceso. El Proyecto de Ley 3202-2017 modifica algunos artículos del Código Civil y Comercial, incluyendo la gestación subrogada, mientras que el Proyecto de Ley 3765-D-2017, establece la autorización judicial para la gestación por sustitución. De la misma forma, en **Brasil**, esta temática tampoco ha sido normada por Ley y está regulada sólo por la Resolución CFM nº 1.957 / 2010 del Consejo de Medicina Federal, que señala que la donación temporal del útero no puede tener carácter rentable o lucrativo.

En **Colombia**, se han presentado proyectos como el de Ley Estatuaria, mediante el cual se prohíbe la práctica de la maternidad subrogada con fines lucrativos y se crean controles para prevenirla. Por su parte, el Proyecto de Ley 88 de 2017, Ley Lucía, señala que el vientre de una mujer, de manera sustituta, podrá utilizarse únicamente ante la imposibilidad natural de procrear cuando una mujer sufra de esterilidad por razones médicas.

En tanto, en **Uruguay**, la Ley 19.167 permite la gestación subrogada cuando la madre tiene un impedimento médico para gestar un embrión propio.

En **México**, la gestación subrogada ha sido regulada en los Estados de Tabasco y Sinaloa. En ambos casos, la práctica está permitida cuando la madre pactante padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero.

En tanto, en **Canadá**, la Ley de Reproducción Humana Asistida, AHRA, no prohíbe la subrogación, sino el recibir pago por ésta.

En USA, la regulación varía considerablemente entre los Estados. Por ejemplo, en **Florida**, un contrato para la subrogación gestacional sólo será vinculante y ejecutable si la pareja que desea tener un hijo está legalmente casada, y el sustituto gestacional y la pareja tienen 18 años o más. Mientras que en **New Hampshire**, la Ley permite acuerdos de subrogación gestacional para todos los padres, sin discriminación basada en el estado civil u orientación sexual.

## Introducción

---

La maternidad subrogada, también conocida como gestación sustitutiva o alquiler de vientre denominan la práctica en la cual una mujer, previo acuerdo de las partes, se compromete a llevar adelante un embarazo y entregar al niño en el momento del nacimiento a una persona o pareja, renunciando a sus propios derechos como madre.<sup>1</sup> Las motivaciones van desde esterilidad o infertilidad de la persona o pareja, incapacidad para llevar a buen término un embarazo, hasta parejas del mismo sexo que desean ser padres.

La gestación por sustitución suele tener lugar en un contexto de tecnologías de asistencia médica para la procreación, como es el caso de la fecundación in vitro y la transferencia embrionaria con fines de gestación subrogada en un sentido pleno (cuando la madre de alquiler no guarda relación genética con el niño), y la inseminación artificial en el caso de la gestación subrogada tradicional o parcial, que es cuando la madre de alquiler guarda relación genética con el niño.<sup>2</sup>

En 1976, en Estados Unidos se concretó el primer acuerdo de maternidad subrogada, a través de una inseminación artificial patrocinada por el abogado Noel Keane, creador del Surrogate Family Service Inc.<sup>3</sup>

Este año 2018, cuarenta y dos años después, la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, señaló en un informe ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, que “el persistente vacío normativo en relación con los acuerdos internacionales de paternidad subrogada comercial hace que los niños nacidos mediante ese método sean vulnerables a la violación de sus derechos, y la práctica a menudo equivale a la venta de niños y puede desembocar en la adopción ilegal”.<sup>4</sup>

En este contexto, el siguiente documento da cuenta de la existencia de legislación en esta materia en algunas naciones del continente americano. Para este efecto, se ha considerado a Argentina, Brasil, Colombia y Uruguay, en América Latina donde, a excepción de Uruguay, no existe normativa legal, pero si Proyectos de Ley sobre gestación subrogada y, México, Estados Unidos y Canadá en América del Norte, donde si existe legislación.

En Chile, no existe una normativa legal, pero si se ha presentado un Proyecto de Ley sobre la materia. Así, el 10 de Enero de 2018 se ingresó uno que “Regula la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida”, Boletín 11576-11.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Enciclopedia de Bioética. Maternidad subrogada. Disponible en: <http://www.encyclopediadebioetica.com/index.php/todas-las-voces/210-maternidad-subrogada> (octubre, 2018).

<sup>2</sup> ONU. Consejo de Derechos Humanos. 37º Período de Sesiones. Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños. Disponible en: [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/HRC/37/60&referer=/english/&Lang=S](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/37/60&referer=/english/&Lang=S) (octubre, 2018).

<sup>3</sup> Enciclopedia de Bioética. Maternidad subrogada. Disponible en: <http://www.encyclopediadebioetica.com/index.php/todas-las-voces/210-maternidad-subrogada> (octubre, 2018).

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> Senado. Regula la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida. Disponible en: <http://senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>

## I. América Latina

---

### 1. Argentina

Ni la Ley de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas médico-asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida N° 26.862, ni el Código Civil y Comercial del año 2014, mencionan la Gestación por Sustitución como un tratamiento de reproducción humana asistida. En este país, el alquiler de vientre no está legislado, aun cuando han existido diversas iniciativas legislativas.

#### a. Proyectos de ley

- Proyecto de Ley de Regulación de la Técnica de Gestación Solidaria 5700-D-2016<sup>6</sup>

Presentado el año 2016, señala que la gestación solidaria “es un tipo de técnica de reproducción médicamente asistida de alta complejidad, que consiste en el compromiso que asume una persona, llamada *gestante*, de llevar a cabo la gestación a favor de una persona o pareja, denominada/s "comitente/s"; sin que se produzca vínculo de filiación alguna con la gestante, sino únicamente y de pleno derecho con él/la o los/as "comitente/s".

La persona gestante y él/la o pareja comitente formalizan el acuerdo a través del Instrumento de Gestación Solidaria. Este se debe formalizar con el centro médico autorizado, y posteriormente protocolizarlo ante escribano o autoridad sanitaria correspondiente en la jurisdicción. Este acuerdo se asimila al consentimiento previo, informado y libre de las partes para someterse a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), y es constitutivo e indispensable para reconocer la Gestación subrogada.

La gestante, entre otros requisitos, debe tener como máximo treinta y cinco años de edad al momento de suscribir el instrumento, y el contacto con él o los nacidos debe concluir, salvo pacto en contrario, al momento del nacimiento.

El proyecto también modifica el artículo 562 del Código Civil y Comercial sobre Voluntad Procreacional. Este quedaría redactado de la siguiente forma: “Las personas nacidas por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos/as de quienes prestaron su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscrito en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos; y si fuere mediante Gestación Solidaria, con independencia de la persona gestante”.

Se contempla una cobertura integral e interdisciplinaria de medicamentos, terapias de apoyo, diagnóstico, ropa y transporte para la gestante y el procedimiento de gestación solidaria, y propugna un trato igualitario sin distinción de orientación sexual, identidad de género o condición social de los actores gestantes y comitentes.

---

<sup>6</sup> Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Proyecto de Ley 5700-D-2016. Disponible en: <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=5700-D-2016&tipo=LEY> (octubre, 2018).

Establece que durante las primeras catorce semanas de gestación él/los comitentes podrán decidir la interrupción voluntaria del embarazo que cursa la gestante.

La técnica de Gestación Solidaria se podrá realizar con el aporte de gametos del/la cónyuge, pareja conviviente o no, o de un/a tercero/a donante. La gestante no podrá aportar, en ningún caso, sus gametos para la fecundación del embrión que luego le será implantado.

Las personas nacidas por la técnica de Gestación Solidaria serán inscritos/as como hijos/as de la/s "comitante/s".

- Proyecto de Ley 5759-D-2016 de Gestación por Sustitución

Esta iniciativa destaca el carácter no lucrativo o comercial de la gestación por sustitución. La compensación económica a cargo de los comitentes, y en beneficio de la gestante es válida sólo para compensar sus gastos médicos, de traslados, de asesoramiento legal y psicológico, y todos aquellos que sean consecuencia directa de la gestación por sustitución y que no deban ser cubiertos por los agentes o entidades de salud.<sup>7</sup>

Plantea la autorización judicial para la gestación por sustitución. Está dividido en etapas y se realiza con la intervención de un equipo interdisciplinario que se expide a favor o no de la autorización peticionada. Se exige una relación afectiva previa entre los comitentes y la gestante. Se incorpora como figura penal punible la intermediación que ignore la autorización judicial.

Respecto de las exigencias para la gestante, ésta no puede aportar sus propios gametos, debe haber concebido un hijo, debe tener una residencia ininterrumpida en el país de al menos cinco años (no se exige a los argentinos), debe acreditar aptitud física y psíquica y no debe haber participado en más de dos gestaciones por sustitución.<sup>8</sup>

Por el lado de los comitentes, se les exige que al menos uno de ellos aporte sus gametos; tengan imposibilidad de gestar y/o lleven a término un embarazo por razones de salud, sexo, género, identidad de género u orientación sexual; contraten un seguro de vida, a su costo y a favor de la gestante que cubra las contingencias que puedan derivarse de la gestación por sustitución.

Se incluye un registro de gestantes y la filiación se predetermina en la sentencia que autoriza la gestación subrogada.

No podrán establecerse obstaculizaciones, restricciones ni exclusiones en relación con la orientación sexual, identidad de género, sexo o estado civil de la gestante y/o de la/él o las/os comitentes.

---

<sup>7</sup> Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Proyecto de Ley 5759-D-2016. Disponible en: <https://www.diputados.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=5759-D-2016> (octubre, 2018).

<sup>8</sup> Ibid.

- Proyecto de Ley 3202-2017

En junio del año 2017, se presentó este proyecto con el objeto de modificar algunos artículos del Código Civil y Comercial argentino en lo referente a técnicas de reproducción humana asistida, y que hoy excluyen la gestación subrogada. No se refiere al contrato de base en que se plasman los compromisos de la gestante y los comitentes.

Se sustituye el artículo 562 por el siguiente: “Las personas nacidas por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien o quienes han prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561”. Este último a su vez, también es objeto de modificaciones. Apunta a la forma y requisitos del consentimiento, indicando que “la instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales. El centro de salud interviniente deberá emitir un certificado que acredite el consentimiento previo, informado y libre prestado para la realización de la técnica, el cual deberá ser presentado por las personas que lo hubieran prestado ante el Registro Civil de su jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión”.

Respecto del artículo 575, se establece que en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre.

Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con estos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena.

El proyecto considera a la Gestación Solidaria como “un tipo de técnica de reproducción médicamente asistida de alta complejidad, que consiste en el compromiso que asume una persona, llamada “gestante”, de llevar a cabo la gestación a favor de una persona o personas, denominadas *requirente*; sin que se produzca vínculo de filiación alguno con la gestante, sino únicamente y de pleno derecho con los *requirentes*”.<sup>9</sup>

- Proyecto de Ley 3765-D-2017

Presentado en julio de 2017, establece la autorización judicial para la gestación por sustitución. En caso de carecer de ésta, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza previstas en el Código Civil y Comercial.<sup>10</sup>

La autorización del procedimiento debe solicitarse al juez con competencia en familia y debe incluir copia de la documentación que acredite la identidad de los peticionantes; certificado médico en caso de razones de salud que acredite imposibilidad de gestar y/o llevar a término un embarazo por razones de

<sup>9</sup> Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Proyecto de Ley 3202-D-2017.

Disponible en: <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=3202-D-2017&tipo=LEY> (octubre, 2018).

<sup>10</sup> Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Proyecto de Ley 3765-D-2017. Disponible en: <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=3765-D-2017&tipo=LEY> (octubre, 2018).

salud, sexo, género, identidad de género u orientación sexual y que acredite que al menos uno de los comitentes aporta su material genético, cuando proceda. Además, certificado que acredite que él o los comitentes cuentan con el debido asesoramiento y evaluación psicosocial previa.

Se establecen penas de reclusión o prisión de 3 a 6 años e inhabilitación especial por doble tiempo al funcionario público o profesional de la salud que facilitare la gestación por sustitución sin autorización judicial.

Para la realización del procedimiento él o la comitente o al menos uno de los/as comitentes debe aportar sus gametos, salvo razones médicas que justifiquen la imposibilidad de aportarlos.

Asimismo, se fija una compensación económica a favor de la gestante para compensar sus gastos médicos, de traslados, de asesoramiento legal y psicológico.

Sobre las exigencias para la gestante, ésta no debe aportar sus gametos, debe tener plena capacidad civil, acreditar aptitud física y psíquica, evaluación psicosocial previa, 2 años de residencia ininterrumpida en el país salvo que ostente nacionalidad argentina y contratar un seguro de vida, a su costo y a favor de la gestante que cubra las contingencias que puedan derivarse de la gestación por sustitución, entre otros.

La persona nacida como consecuencia de un procedimiento de gestación por sustitución tiene derecho de acceder al expediente judicial, y a toda otra información que conste en otros registros, centros de salud o dependencias administrativas, cuando cuente con edad y grado de madurez suficiente.

## b. Jurisprudencia

Al no existir normas que regulen la gestación por sustitución, la jurisprudencia nacional Argentina se ha pronunciado en diversas ocasiones en favor de la misma. Las sentencias dictadas y que otorgaron la filiación a favor de los comitentes, tomaron en consideración el derecho a la identidad del niño nacido, la voluntad procreacional como herramienta fundamental para emplazar a un niño como hijo de sus progenitores y el interés superior del niño.<sup>11</sup>

## 2. Brasil

En Brasil, no existe una legislación específica que norme la práctica de reproducción asistida de maternidad substituta. Ésta, estaba regulada tan sólo por la Resolución nº 1.358 / 92 del Consejo Federal de Medicina, la cual no tenía fuerza de ley, no implicaba sanciones, pero promovía su reglamentación estableciendo parámetros, sin que hubiese intención mercantil<sup>12</sup>. No obstante, la Resolución CFM Nº

<sup>11</sup> Ministerio de Salud. La figura de la gestación por sustitución en la jurisprudencia nacional. Disponible en: <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/la-figura-de-la-gestacion-por-sustitucion-en-la-jurisprudencia-nacional>

<sup>12</sup> Âmbito jurídico.com.br. Maternidade de substituição no ordenamento jurídico brasileiro e no direito comparado. Disponible en: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6607&revista\\_caderno=6](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6607&revista_caderno=6) (octubre, 2018).

1.358 / 92 , después de 18 años de operación, fue reemplazada por la Resolución CFM nº 1.957 / 2010 que en lo relacionado en la gestación de sustitución mantiene el mismo articulado.

Ésta establece que:

“Clínicas, o centros de servicios de reproducción humanos pueden utilizar técnicas de Reproducción Asistida para crear la condición conocida como gestación de sustitución, siempre que exista una condición médica que impida o contraindique el embarazo en donante genético.

1 – Las donantes temporales del útero deben pertenecer a la familia de la donante genética, en un parentesco de hasta segundo grado, siendo los demás casos sujetos a la autorización del Consejo Regional de Medicina.

2 - La donación temporal del útero no puede tener carácter rentable o lucrativo.”<sup>13</sup>

### 3. Colombia

No existen normas legales en Colombia que regulen el tema de maternidad subrogada, pero por su relevancia puede citarse la sentencia T-968/09 de la Corte Constitucional, en la cual se realizó una autorización de esta técnica de reproducción asistida.<sup>14</sup> En virtud de ésta, aunque no está regulada, tampoco está prohibida expresamente.

El año 2016, se presentó un Proyecto de Ley Estatutaria mediante el cual se prohíbe la práctica de la maternidad subrogada con fines lucrativos y se crean controles para prevenir esta práctica. Se considera como una categoría de trata de personas y explotación de la mujer con fines reproductivos.

En la fundamentación del proyecto se afirma que “la maternidad subrogada con fines económicos, constituye una objetivación de los cuerpos de las mujeres, pues los convierte en máquinas para hacer bebés, que pueden arrendarse y explotarse para satisfacer los deseos de otros. Asimismo, la práctica transforma a los niños en objetos de consumo o productos comerciales que se compran, se venden e

<sup>13</sup> Conselho Federal de Medicina Resolução CFM Nº 1.957/2010. Disponible en: [http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1957\\_2010.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1957_2010.htm) (octubre, 2018).

<sup>14</sup> La sentencia dice relación con una pareja formada por Salomón, colombiano y Raquel-, que contactan a una mujer colombiana –Sarai- para gestionar el alquiler del vientre, dado que no podían tener hijos. El tratamiento de fertilización con óvulos y espermatozoides de los esposos fracasa y Sarai no queda embarazada. Por lo anterior, el hombre se dirige al Valle del Cauca, donde vive Sarai y después de un tiempo de conocerse concibieron dos gemelos a través del proceso de fertilización in vitro. La madre registró a los menores, ya que el padre no estaba en el país en el momento del parto. A partir de esto, empezó un camino de enfrentamientos, denuncias y demandas, que culminó con la asignación de la custodia provisional al padre, ya que el Juez Décimo de Familia considero que “a) entre Salomón y Sarai, existió un contrato verbal, cuyo objeto era el alquiler de vientre, en donde ella permitía la fecundación de un óvulo propio con semen del contratante, obligándose a entregar el fruto que resultase de la fecundación a la pareja conformada por Salomón y Raquel. b) Sarai después de recibir una alta suma de dinero, un tratamiento adecuado y la afiliación a una EPS, incumplió el contrato y decidió quedarse con los niños. c) Desconoció los derechos del padre al no permitir inicialmente el registro de los niños con su apellido, e impedirle las visitas.



incluso se devuelven o se cambian si no se satisface al cliente ya que se rigen con los procesos de producción normales”.<sup>15</sup>

Por su parte, el Proyecto de Ley 88 de 2017, Ley Lucía, reglamenta la reproducción humana asistida, la procreación con asistencia científica y en su capítulo IX establece disposiciones sobre el Uso Solidario de Vientre, señalando que “el vientre de una mujer, de manera sustituta, podrá utilizarse únicamente a fin de sustituir artificialmente la imposibilidad natural de procrear cuando una mujer sufra de esterilidad por ausencia congénita de útero; antecedentes de histerectomía; presencia de útero patológico y no apto para recibir embriones u otras; o condiciones médicas que impidan el embarazo”.<sup>16</sup>

Deberá existir un convenio por escrito entre la mujer gestante sustituta y la madre sustituida por el cual se obliga a la primera a practicarse previamente al tratamiento de RHA los exámenes necesarios para establecer qué enfermedades padece a fin de evitar la transmisión de patologías prevenibles al futuro niño. En el acuerdo, la mujer gestante sustituta renuncia al hijo que está por nacer y a cualquier clase de impugnación de la maternidad.

La pareja o madre sustituida asume los gastos generados para el tratamiento y la gestación.<sup>17</sup>

#### 4. México

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

En el artículo 92 del Código Civil de **Tabasco**, se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso.<sup>18</sup>

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, excepto que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare.<sup>19</sup>

<sup>15</sup> Congreso de la República de Colombia. Proyecto de Ley Estatutaria. Disponible en: <http://www.camara.gov.co/sites/default/files/2017-11/P.L.E.186-2017C%20%28MATERNIDAD%20SUBROGADA%29.pdf> (octubre, 2018).

<sup>16</sup> VLex España. Proyecto de Ley 88 de 2017. Disponible en: <https://app.vlex.com/#vid/692231553> (octubre, 2018).

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> Código Civil del Estado de Tabasco. Disponible en: <https://app.vlex.com/#vid/43451907> (octubre, 2018).

<sup>19</sup> Ibid.



El mismo corpus incluye un capítulo referido a la gestación asistida y subrogada<sup>20</sup>. Así, el artículo 380 Bis 1, establece que “la gestación por contrato se efectuará a través de la práctica médica, mediante la cual una mujer gesta el producto fecundado por los padres contratantes, cuando la madre pactante padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero”<sup>21</sup>.

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

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

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

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

Se establece que en caso de que la gestante sustituta o su cónyuge demanden la paternidad o maternidad, solamente podrán recibir, previo reconocimiento de su cónyuge, la custodia del producto de la inseminación, únicamente cuando se acredite la incapacidad o muerte de la madre o padre contratantes.<sup>22</sup>

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

Las instituciones que brinden atención obstétrica, en razón del procedimiento de reproducción asistida, deberán informar el nacimiento a la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado, durante las primeras veinticuatro horas de ocurrido el mismo y el tipo de atención brindada; esta notificación deberá incluir la copia del certificado de nacimiento del o los recién nacidos.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> Capítulo VI Bis.

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> Artículo 380 Bis 3.

<sup>23</sup> Ibid.

Existen algunas circunstancias que ocasionarían la nulidad del contrato de gestación, tales como, la existencia de algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas, el no cumplimiento de los requisitos exigidos, el establecimiento de compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del niño y la dignidad humana; la intervención de agencias, despachos o terceras personas; y de compromisos o cláusulas que contravengan el orden social y el interés público.<sup>24</sup>

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

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

Los padres contratantes deben garantizar una póliza de seguro de gastos médicos mayores a favor de la gestante.<sup>26</sup>

El contrato de gestación carece de validez cuando haya existido error o dolo respecto a la identidad de los padres contratantes por parte de la mujer gestante, en cuyo caso están facultados para demandar civilmente los daños y perjuicios ocasionados y presentar denuncias penales.<sup>27</sup>

Por su parte, el Código Familiar del estado de **Sinaloa** (Decreto N° 742), permite la gestación subrogada la que es definida, como “la práctica médica mediante la cual una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando ésta padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento”.<sup>28</sup>

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

---

<sup>24</sup> Artículo 380 Bis 4.

<sup>25</sup> Artículo 380 Bis 5.

<sup>26</sup> Artículo 380 Bis 7.

<sup>27</sup> Ibid.

<sup>28</sup> Registro Sinaloense de Trámites y Servicios. Código Familiar del estado de Sinaloa. Artículo 283. Disponible en: <http://cosala.tramitessinaloa.gob.mx/Content/Archivos/TiposTramites/Sistema/TMTOJ-2558.pdf> (octubre, 2018).

de la gestación y la subrogación altruista, ocurre cuando una mujer acepta gestar por cuenta de otra de manera gratuita.<sup>29</sup>

Los requisitos para la gestante, son tener entre veinticinco y treinta y cinco años de edad, poseer al menos un hijo consanguíneo sano, una buena salud psicosomática, y haber otorgado su consentimiento voluntario para prestar su vientre. Asimismo, no podrá padecer ninguna toxicomanía<sup>30</sup>, acreditar vía dictamen médico que no estuvo embarazada durante los 365 días previos a la implantación de la mórula, y que no ha participado en más de dos ocasiones consecutivas en dicho procedimiento.<sup>31</sup>

El instrumento de maternidad subrogada será firmado por la madre y padre subrogados, la madre subrogada gestante, el intérprete si fuera necesario uno, el Notario Público, el director de la clínica o centro hospitalario quedando asentados el lugar, año, mes, día y hora en que hubiere sido otorgado.<sup>32</sup>

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

Para suscribir un contrato de gestación, las partes deben cumplir con ciertos requisitos que incluyen ser ciudadanos mexicanos; poseer capacidad de goce y ejercicio, la acreditación por parte de la madre subrogada y, vía certificado médico, de su imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero; y la aceptación de la mujer gestante de implantar en su útero la mórula, junto con concluir la relación contratada, respecto a la persona menor y los padres subrogados con el nacimiento.<sup>33</sup>

Se establece que “una vez que se suscriba el instrumento, deberá ser notificado a la Secretaría de Salud y al oficial del registro civil, para que el estado de la persona menor nacida, sea contemplado en su filiación como hijo desde el momento de la fecundación de sus progenitores biológicos, es decir, madre y padre o madre subrogados”.<sup>34</sup>

Se establecen responsabilidades civiles y penales para aquellos médicos que realicen la implantación o fecundación de embriones humanos sin el consentimiento y plena aceptación de las partes que intervienen.<sup>35</sup>

---

<sup>29</sup> Artículo 284.

<sup>30</sup> Artículo 285.

<sup>31</sup> *Ibíd.*

<sup>32</sup> Artículo 287.

<sup>33</sup> Artículo 290.

<sup>34</sup> Artículo 293.

<sup>35</sup> Artículo 297.

## 5. Uruguay

La Ley 19.167 regula las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente, así como los requisitos que deben cumplir las instituciones públicas y privadas que las realicen<sup>36</sup>.

Respecto de la gestación subrogada, la normativa señala en resumen:

- La maternidad subrogada está permitida en Uruguay, aunque en ciertos casos.
- Se exige que la madre tenga un impedimento médico para gestar un embrión propio.
- Se exige que la mujer gestante tenga vínculo familiar directo (hasta el 2º grado de consanguinidad) con la futura madre o su pareja.
- Debe ser autorizada por la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida, organismo administrativo creado por la ley expresada.
- La filiación del nacido corresponderá a quienes hayan solicitado y acordado la subrogación de la gestación.

## II. América del Norte

### 1. Canadá

La subrogación es legal en Canadá. La Ley de Reproducción Humana Asistida, AHRA, aprobada el año 2004, no prohíbe la subrogación en sí misma, siempre que la madre sustituta adopte esta decisión por razones altruistas, es decir, sin esperar obtener ganancias financieras o de cualquier otro tipo.

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

La norma establece una serie de prohibiciones. Así, se señala que no se debe aconsejar o inducir a una mujer para que se convierta en madre sustituta, ni realizar ningún procedimiento médico para ayudar a una mujer a convertirse en madre sustituta, ya sea sabiendo o teniendo razones para creer que ésta es menor de 21 años.<sup>37</sup>

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

<sup>36</sup> IMPO. Centro de Información Oficial. Ley 19167. Regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Disponible en: [https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19167-2013\\_\(octubre,\\_2018\).](https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19167-2013_(octubre,_2018).)

<sup>37</sup> Justice Law Website. Assisted Human Reproduction Act 2004. Disponible en: [http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/A-13.4/FullText.html\\_\(octubre,\\_2018\).](http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/A-13.4/FullText.html_(octubre,_2018).)

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

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

Está prohibido reembolsar a una madre sustituta por una pérdida de ingresos relacionados con el trabajo, incurrida durante su embarazo, a menos que un médico certifique, por escrito, que continuar trabajando puede suponer un riesgo para su salud y / o la salud del embrión o feto.<sup>38</sup>

Cualquier persona en Canadá que infrinja la ley en virtud de la Ley AHR está cometiendo un delito. Si la declaran culpable, la persona podría ser multada con hasta \$ 500.000 o encarcelada por hasta diez años, o ambos.<sup>39</sup>

## 2. Estados Unidos de Norteamérica

La regulación legal de la subrogación en los Estados Unidos varía ampliamente de un estado a otro. A través de los cincuenta estados, los enfoques legales van desde la prohibición total hasta algunos enfoques más permisivos.<sup>40</sup>

En el Estado de **Florida**, antes de llevar a cabo el proceso de gestación subrogada, se debe realizar un contrato vinculante y ejecutable de subrogación gestacional entre la pareja solicitante y el sustituto gestacional. Un contrato para la subrogación gestacional no será vinculante ni ejecutable a menos que el sustituto gestacional tenga 18 años o más y la pareja que comisione esté legalmente casada y también tenga 18 años o más.<sup>41</sup>

La pareja solicitante deberá celebrar un contrato con un sustituto gestacional sólo cuando, dentro de una certeza médica razonable, lo determine un médico con licencia, según el capítulo 458 o 459 del Estatuto de Florida, considerando que la madre subrogada no puede físicamente llevar un embarazo a

---

<sup>38</sup> Ibid.

<sup>39</sup> Ibid.

<sup>40</sup> Columbia University. Columbia Law School Sexuality & Gender Law Clinic. Surrogacy Law and Policy in the U.S: A National Conversation Informed by Global Lawmaking. 2016. Disponible en:

[https://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/gender-sexuality/files/columbia\\_sexuality\\_and\\_gender\\_law\\_clinic\\_-\\_surrogacy\\_law\\_and\\_policy\\_report\\_-\\_june\\_2016.pdf](https://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/gender-sexuality/files/columbia_sexuality_and_gender_law_clinic_-_surrogacy_law_and_policy_report_-_june_2016.pdf) (octubre, 2018).

<sup>41</sup> The 2018 Florida Statutes. 742.15 Gestational surrogacy contract. Disponible en: [http://www.leg.state.fl.us/statutes/index.cfm?App\\_mode=Display\\_Statute&URL=0700-0799/0742/Sections/0742.15.html](http://www.leg.state.fl.us/statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&URL=0700-0799/0742/Sections/0742.15.html) (octubre, 2018).

término, la gestación causaría un riesgo para la salud física de la madre o la gestación causaría un riesgo para la salud del feto.

El contrato de sustitución gestacional debe incluir las siguientes disposiciones:

- La pareja solicitante debe estar de acuerdo en que el sustituto gestacional, será la única fuente de consentimiento con respecto a la intervención clínica y el manejo del embarazo.
- El sustituto gestacional acepta someterse a una evaluación y tratamiento médico razonable y a seguir instrucciones médicas sobre su salud prenatal.
- El sustituto gestacional acuerda renunciar a cualquier derecho parental sobre el niño y proceder con los procedimientos judiciales prescritos en la sección 742.16.
- La pareja encargada se compromete a aceptar la custodia y asumir todos los derechos y responsabilidades parentales sobre el niño inmediatamente después del nacimiento, independientemente de cualquier problema del niño.
- El sustituto de la gestación acuerda asumir los derechos y responsabilidades parentales de los padres con respecto al niño que ha nacido, si se determina que ninguno de los miembros de la pareja es el padre genético del niño.

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

Por su parte, en **New Hampshire**, la SB 353 actualizó la ley de subrogación al permitir acuerdos de subrogación gestacional para todos los padres intencionados, sin discriminación basada en el estado civil u orientación sexual. La ley permite específicamente la subrogación utilizando óvulos, espermatozoides y embriones donados.

La ley define, confirma y protege el estado legal y el interés superior de los niños nacidos como resultado de los acuerdos de gestación subrogada.

Asimismo, la ley establece ciertos requisitos mínimos para los acuerdos. Serán por escrito; se ejecutarán antes del comienzo de cualquier procedimiento médico; todas las partes estarán representadas por un asesor legal y el portador gestacional y su cónyuge o pareja, si corresponde, tendrán un asesor legal que sea separado e independiente del de los padres contratantes.<sup>42</sup> Este deberá prever expresamente el acuerdo por escrito del portador gestacional para: (1) Someterse a la transferencia de embriones, quedar embarazada por medio de la reproducción asistida e intentar portar y dar a luz al niño resultante; (2) renunciar a todos los derechos, obligaciones y deberes como padre del niño resultante; y (3) entregar la custodia física del niño resultante al padre o padres previstos inmediatamente después del nacimiento del niño.

De acuerdo a esta Ley, la substituta debe ser mayor de 21 años, debe haber dado a luz al menos un hijo; y haber completado una evaluación médica física. Esta y su cónyuge o pareja, si es el caso, se

---

<sup>42</sup> The New Hampshire General Court. SB 353. Disponible en: <http://www.gencourt.state.nh.us/legislation/2014/SB0353.pdf>

deben haber sometido a consultas legales con asesores legales independientes con respecto a los términos del acuerdo de gestación subrogada y deben haber sido informados sobre las posibles consecuencias legales del mismo.<sup>43</sup>

En cuanto a los derechos y responsabilidades de los padres contratantes, estos deben haber asistido a una consulta de salud mental; deben haber tenido una entrevista con un asesor legal independiente con respecto a los términos del acuerdo, y haber sido informados sobre las posibles consecuencias legales del acuerdo.

Un hijo concebido como resultado de la reproducción asistida y un acuerdo de gestación subrogada, será hijo exclusivamente del padre o los padres contratantes.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> *Ibíd.*

<sup>44</sup> *Ibíd.*



## Referencias

### Argentina

- Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Proyecto de Ley 5700-D-2016. Disponible en: <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=5700-D-2016&tipo=LEY>
- Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Proyecto de Ley 5759-D-2016. Disponible en: <https://www.diputados.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=5759-D-2016>
- Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Proyecto de Ley 3202-D-2017. **Disponible en:** <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=3202-D-2017&tipo=LEY>
- Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Proyecto de Ley 3765-D-2017. Disponible en: <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=3765-D-2017&tipo=LEY>
- Ministerio de Salud. La figura de la gestación por sustitución en la jurisprudencia nacional. Disponible en: <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/la-figura-de-la-gestacion-por-sustitucion-en-la-jurisprudencia-nacional>
- Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994/15). Disponible en: [http://www.saij.gob.ar/docs/f/codigo/Codigo\\_Civil\\_y\\_Comercial\\_de\\_la\\_Nacion.pdf](http://www.saij.gob.ar/docs/f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf)

### Brasil

- Ambito jurídico.com.br. Maternidade de substituição no ordenamento jurídico brasileiro e no direito comparado. Disponible en: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6607&revista\\_caderno=6](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6607&revista_caderno=6)
- Conselho Federal de Medicina Resolução CFM Nº 1.957/2010. Disponible en: [http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1957\\_2010.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1957_2010.htm)

### Canadá

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

### Colombia

- Congreso de la República de Colombia. Proyecto de Ley Estatutaria. Disponible en: <http://www.camara.gov.co/sites/default/files/2017-11/P.L.E.186-2017C%20%28MATERNIDAD%20SUBROGADA%29.pdf>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-968/09. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm>
- VLex España. Proyecto de Ley 88 de 2017. Disponible en: <https://app.vlex.com/#vid/692231553>

### México

- Código Civil del Estado de Tabasco. Disponible en: <https://app.vlex.com/#vid/43451907>
- Registro Sinaloense de Trámites y Servicios. Código Familiar del estado de Sinaloa. Artículo 283. Disponible en: <http://cosala.tramitesinaloa.gob.mx/Content/Archivos/TiposTramites/Sistema/TMTOJ-2558.pdf>

### Uruguay

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

### USA

- Columbia University. Columbia Law School Sexuality & Gender Law Clinic. Surrogacy Law and Policy in the U.S: A National Conversation Informed by Global Lawmaking. 2016. Disponible en: [https://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/gender-sexuality/files/columbia\\_sexuality\\_and\\_gender\\_law\\_clinic\\_-\\_surrogacy\\_law\\_and\\_policy\\_report\\_-\\_june\\_2016.pdf](https://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/gender-sexuality/files/columbia_sexuality_and_gender_law_clinic_-_surrogacy_law_and_policy_report_-_june_2016.pdf)
- The 2018 Florida Statutes. 742.15 Gestational surrogacy contract. Disponible en: [http://www.leg.state.fl.us/statutes/index.cfm?App\\_mode=Display\\_Statute&URL=0700-0799/0742/Sections/0742.15.html](http://www.leg.state.fl.us/statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&URL=0700-0799/0742/Sections/0742.15.html)
- The New Hampshire General Court. SB 353. Disponible en: <http://www.gencourt.state.nh.us/legislation/2014/SB0353.pdf>

**Otros**

- Enciclopedia de Bioética. Maternidad subrogada. Disponible en:  
<http://www.encyclopediadebioetica.com/index.php/todas-las-voces/210-maternidad-subrogada>
- ONU. Consejo de Derechos Humanos. 37º Período de Sesiones. Informe de la Relatora Especial sobre la venta y La explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños. Disponible en:  
[http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/HRC/37/60&referer=/english/&Lang=S](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/37/60&referer=/english/&Lang=S)