

Capítulo 1



La técnica de reproducción humana asistida denominada gestación subrogada o maternidad por sustitución como derecho humano¹

Lizeth Ugarte Vizcaíno², Antonio Jiménez Díaz³,
Elías Epifanio Núñez Cuarenta⁴, Irma Angélica Quiroz Silva⁵

Resumen

Los derechos humanos comprenden todos los derechos inherentes al ser humano, tutelan las necesidades más básicas de estos y abarcan desde la igualdad entre las personas, sin ningún tipo de distinción, hasta el derecho a reproducirse si es su deseo. Por desgracia, no todas las personas pueden procrear naturalmente, ya sea por problemas de salud, físicos o incluso por el hecho de no contar con pareja. La gestación subrogada es una técnica de reproducción humana asistida (TRHA) la cual posibilita a las personas que están bajo los supuestos anteriores a ejercer su derecho a la procreación. No obstante, en México no hay una legislación homóloga al respecto, ni por la federación ni por los estados que la comprenden, por tanto, solo pocos estados facultan a un solo rubro de los individuos para poder realizarla (parejas heterosexuales), dejando fuera al resto que

1 Este capítulo es el resultado de investigación del proyecto de convocatoria interna de CECAR, titulado: Modelo integrador de construcción de paz desde la familia, la educación y la empresa para la reconciliación y el ejercicio de los derechos humanos en el departamento de Sucre, Colombia.

2 Estudiante de la Maestría en Derecho del Centro Universitario del Sur, de la Universidad de Guadalajara. Correo: lizethugarte@gmail.com, CVU 1313189, ORCID: 0000-0002-0770-0259.

3 Docente titular de tiempo completo en el Centro Universitario del Sur de la Universidad de Guadalajara, antonio.jdiaz@academicos.udg.mx, cel., CVU 810284, ORCID: 0000-0003-4570-7352.

4 Docente titular del Centro Universitario del Sur de la Universidad de Guadalajara. Correo: eliasjuz@hotmail.com, CVU 81116, ORCID: 0000-0002-0662-3378.

5 Docente titular de tiempo completo del Centro Universitario del Sur de la Universidad de Guadalajara. Correo: irmaq@cusur.udg.mx, CVU 808657, ORCID: 0000-0002-5217-1296.

La técnica de reproducción humana asistida denominada gestación subrogada o maternidad por sustitución como derecho humano

no se encuentra bajo este supuesto. El presente artículo explora, desde un enfoque de derechos humanos contemplado en nuestra Constitución y en tratados internacionales en los que México está suscrito, las distintas legislaciones que contemplan esta TRHA y bajo qué supuestos, así como las que la prohíben tajantemente.

Palabras clave: derechos humanos, derecho de igualdad, derechos de concepción, gestación subrogada, maternidad por sustitución.

The Assisted Human Reproduction Technique called surrogacy or surrogate motherhood as human right

Abstract

Human rights include all the rights inherent to the human being, protecting their most basic needs, ranging from equality among all people, without any distinction to the right to reproduce if it is their desire, unfortunately not all People can procreate naturally, either due to health or physical problems, or even the fact of not having a partner (in the case of males). Surrogate pregnancy is an Assisted Human Reproduction Technique (TRHA), which enables people who are under the above assumptions to exercise their right to procreation, despite the above and although in Mexico, there is no homologous legislation nor neither by the federation nor by the states that comprise it, therefore, only few states empower a single category of individuals to carry it out (heterosexual couples), leaving out the rest who are not under this assumption. This article explores the different legislations that contemplate this TRHA and under what assumptions, as well as those that strictly prohibit it, from a human rights perspective, contemplated in our Constitution and International treaties in which Mexico is subscribed.

Keywords: human rights, equality rights, conception rights, surrogacy, surrogate motherhood.

Introducción

A través del tiempo, la pugna por reconocer los Derechos Humanos (DD. HH.) y la protección del ejercicio de los mismos por parte del gobierno para con sus gobernados ha sido larga: desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), en octubre de 1948, hasta la actualidad, en prácticamente todo el planeta ha sido una lucha constante. Para este artículo, partimos de la definición del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje (TFCA) de los derechos humanos como “El conjunto de derechos y libertades fundamentales para el disfrute de la vida humana en condiciones de plena dignidad, y se precisan como intrínsecos a toda persona por el mero hecho de pertenecer al género humano” (TFCA, 2016). Aunado a lo anterior, es importante referir que los derechos humanos tienen como características los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Bajo este mismo precepto, Luis Castillo Córdova, en su artículo “La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho”, define los derechos humanos como “el conjunto de bienes humanos debidos a la persona humana por ser persona humana, y cuya adquisición le permite alcanzar su pleno desarrollo en la medida que con ello logra satisfacer necesidades y exigencias humanas” (Castillo, 2012, p. 815).

El autor Luigi Ferrajoli menciona que, posterior a la fundación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), y una vez expuestas y suscritas cartas y convenciones internacionales sobre derechos humanos, se consideran derechos fundamentales no solo en los países miembros de esta, y que ya los tienen contemplados en sus constituciones nacionales, sino que estos son derechos supra-estatales, abarcando al resto de los Estados que no los contemplan en su Constitución, empero se encuentran vinculados y subordinados al derecho internacional (Ferrajoli, 2001, p. 40). Así pues, los DD. HH. establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), en las leyes que de ella emanen y en los tratados internacionales de los que México forma parte deben ser reconocidos y garantizados por el Estado.

Por tanto, se ha planteado como objetivo general de esta investigación analizar la importancia social de reconocer la técnica de reproducción humana asistida denominada gestación subrogada como un derecho humano, con base en el goce de derechos humanos previamente reconocidos, como la igualdad, la libertad de elección y la procreación de sus partícipes. Asimismo, se han establecido como objetivos específicos revisar la legislación internacional y nacional para identificar cuál serviría de base para el reconocimiento de la técnica de gestación subrogada como derecho humano; estudiar las sentencias en las cortes internacionales con respecto de la gestación subrogada fundamentadas en los derechos humanos y contrarrestar las jurisprudencias nacionales con relación a la gestación subrogada basadas en los derechos humanos.

Lo anterior pretende dar respuesta a la pregunta de investigación general: ¿Cuál sería la importancia social de reconocer la técnica de reproducción humana asistida denominada gestación subrogada como un derecho humano, con base en el goce de derechos humanos previamente reconocidos, como la igualdad, la libertad de elección y procreación de sus partícipes? Y a las preguntas específicas: ¿Qué legislación internacional y nacional serviría de base para el reconocimiento de la técnica de gestación subrogada como derecho humano? ¿Cuáles son las sentencias en las cortes internacionales con respecto de la gestación subrogada basadas en los derechos humanos? ¿Cuáles son las jurisprudencias nacionales con relación a la gestación subrogada basadas en los derechos humanos?

Metodología

El presente trabajo tiene un enfoque cualitativo. Se utilizó el método hermenéutico con la técnica de recolección de datos denominada análisis documental y revisión sistemática, principalmente de la CPEUM en sus artículos 1 y 4; de tratados internacionales de los que México forma parte, como la DUDH en sus artículos 2, 16, entre otros, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en sus artículos 8, 24 y demás relativos; algunas jurisprudencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) que se relacionan con el tema objeto de estudio; sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del Tribunal Europeo de

Derechos Humanos y Tribunal Federal de Justicia de Alemania. Así pues, el análisis de este conjunto nos permitió arribar a las conclusiones expuestas en el presente artículo.

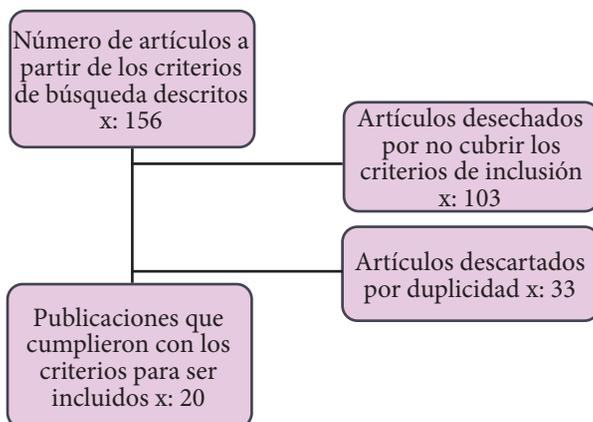
Los descriptores utilizados en el presente trabajo fueron, en inglés y español, “gestación subrogada”, “maternidad por sustitución”, “derechos humanos”, “Latinoamérica”, “México”, “Europa”, “España” y “Argentina”. Para identificar las publicaciones que componen este estudio se realizó una búsqueda online en bases de datos de los buscadores de Google Académico, SciELO, PubMed, biblioteca virtual de la SCJN y CIDH.

La investigación se basó en veinte publicaciones, se descartaron las que no tuvieran relevancia con el tema que nos ocupa y se conservaron: el texto de la CPEUM, tratados internacionales de los que México forma parte, sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos, jurisprudencias emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y demás artículos científicos relacionados con el tema investigado.

Se establecieron con antelación los siguientes criterios de inclusión: obras originales o de revisión, disponibles en su totalidad y publicadas entre los años 2010 y 2020. Y, dentro de la revisión sistemática, se seleccionaron los artículos que cumplieran en su totalidad con los siguientes requisitos:

- Sin importar el método de investigación usado, el artículo contenía hallazgos de investigación referente al tema en comento.
- Que fuesen preferentemente investigaciones de América Latina, aunque no de manera única.
- Análisis de resoluciones judiciales sin importar el país, sin embargo, sí del tema que se investiga.

Figura 1
Revisión sistemática



Legislación internacional y nacional base para el reconocimiento de la técnica de gestación subrogada como derecho humano

A pesar de que, con la reforma constitucional de 2011, en nuestro país se dio un gran paso al reconocerse tales derechos inherentes al ser humano y, al mismo tiempo, garantizar la protección de los mismos, aún falta un gran camino por recorrer. Si bien es cierto que se reconocen muchos de estos derechos como la igualdad y los derechos reproductivos y/o de concepción, inmersos en el derecho de fundar una familia, la práctica no es así en su totalidad, pues no en todas las leyes federales y/o estatales que tienen como base nuestra carta magna se reconoce el derecho de concepción por igual a todas las personas, sin hacer distinción entre ellas. Esto queda evidenciado en el caso de la técnica de reproducción humana asistida llamada gestación subrogada (GS) o maternidad por sustitución (MS), mediante la cual cualquier persona, no importando su estado civil, preferencia sexual, impedimento físico o fisiológico, puede convertirse en padre o madre si ese es su deseo.

Al revisar la gran mayoría de tratados internacionales sobre DD. HH., se encuentra que tienden a la protección de los mismos de manera igualitaria para todas las personas sujetos de derecho y siendo protegidas por estos. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada en el mes de diciembre del año 1948 por la Asamblea General de las Naciones

Unidas (AGNU), en sus artículos 1 y 2 establece el derecho a la igualdad en libertad y derechos, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición; además, en su artículo 16 establece el derecho a procrear y formar una familia, y la protección de la misma (AGNU, 1948).

Bajo la misma tendencia, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en sus artículos 5, 7, 17 tutela el derecho a la formación y protección de la familia; y en su artículo 24, el derecho a la igualdad entre las personas y la protección de sus derechos sin distinción alguna entre ellas, en razón de credo, raza, estado civil o preferencia sexual, bajo la estricta protección de los citados derechos (Organización de los Estados Americanos, 1969).

La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos en su artículo 3 establece que se deben respetar, de manera plena, la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas, estando estas por encima del interés exclusivo de la ciencia o de la sociedad, es decir, priorizando los derechos fundamentales de las personas sin que el ejercicio de estos dañe a terceros. En sus artículos 5 y 6 se establece el respeto a la toma individual de decisiones de las personas que se someten, de alguna u otra manera, a procedimientos médicos o quirúrgicos, siendo estas previamente informadas y conscientes de las consecuencias de cualquier índole que en la práctica puedan contraer. Asimismo, en sus artículos 10 y 11 se establece la igualdad, justicia y equidad entre las personas y la no discriminación ni estigmatización a las minorías por ningún motivo, pudiendo ejercer sus derechos humanos reconocidos al igual que el resto de la población y ciudadanía (ONU, 2005).

En nuestro país los DD. HH. están reconocidos en la CPEUM en su capítulo primero. El derecho a la igualdad es tutelado en su artículo 1, el cual establece que el Estado tiene la obligación de observar y tomar las medidas necesarias para que se lleven a cabo y respeten por igual los derechos humanos, contemplados en esa Constitución y en los tratados internacionales de los cuales México hace parte. Esto incluye el derecho a la concepción y a fundar una familia, mismo que se plasma en el artículo 4

de nuestra Constitución, el derecho no solo de unirse en matrimonio sino también de procrear y elegir el número y espaciamiento de sus hijos de una manera responsable (CPEUM, 2019).

A pesar de lo anterior, en el Código Civil Federal no se tutelan los derechos de concepción de las personas que, por complicaciones de salud, físicas o hasta de estatus civil (solteras), se encuentran imposibilitadas para procrear de manera natural y se ven obligadas a recurrir a la reproducción no sexual, bajo terapias de reproducción humana asistida como la gestación subrogada con el fin de gozar del derecho a procrear. En el ámbito estatal, en legislaciones civiles como el Código Civil de Tabasco o el Código Familiar de Sinaloa solo se faculta, para llevar a cabo la maternidad por sustitución, a las parejas heterosexuales que por cuestiones de salud no están en posibilidades de ser padres, dejando de lado al resto de la población. Recientemente, la Ley para la Familia del estado de Coahuila de Zaragoza, aunque no menciona de manera expresa la gestación subrogada, sí faculta a cualquier persona que se encuentre con problemas de salud y sea su deseo procrear para aplicar las TRHA existentes con el objetivo de que puedan lograrlo, sin hacer mención alguna sobre su estado civil o preferencia sexual (Tabasco, 2017, Art. 380 bis; Sinaloa, 2018, Art. 282); Zaragoza, 2017, Arts. 366 y 367).

Ahora bien, a diferencia de la legislación civil y familiar de los estados anteriormente citados, encontramos que entidades federativas como el estado de Querétaro y el Código Familiar de San Luis Potosí prohíben de manera tajante la práctica de gestación subrogada, dejando sin efectos cualquier acuerdo de voluntades bajo el que se sujeten los partícipes de la maternidad por sustitución e incluso otorgándole el vínculo materno filial a la mujer gestante, tenga o no parentesco genético con el bebé producto de esta TRHA. Sin embargo, el estado de Querétaro sí permite la adopción de embriones en parejas bajo régimen matrimonial o concubinato, o en mujeres solteras (dejando fuera los derechos de concepción de varón soltero), y limita a la mujer a una edad no mayor de 35 años y a los hombres a una edad no mayor de 50 años (en caso de que viva en pareja), violentando así sus derechos humanos al hacer distinción en razón de edad (Querétaro, 2019, arts. 400 y 402), (Potosí, 2019, arts. 241 y 243).

Bajo este mismo precepto, es pertinente mencionar que las legislaciones estatales en las que se prohíbe la maternidad por sustitución, además de interferir con los derechos humanos de igualdad y libre desarrollo de la personalidad, constituyen transgresiones al principio de prohibición de la discriminación, contenido en el último párrafo del artículo 1 constitucional. Ello es así en virtud de que, sin existir motivo razonable para distinguir, las normas secundarias excluyen a los que estén impedidos a procrear de manera natural, por motivos biológicos o de su propia voluntad. Este mismo tratamiento puede darse a las normas que sean omisas al regular esta posible relación jurídica entre madre sustituta o padre(s) o madre(s) solicitante(s) y, por supuesto, a estos últimos con el bebé producto de la gestación subrogada, logrando con ello la protección de todos los partícipes de esta práctica, así como del bebé producto de la misma.

En este orden de ideas, es evidente la tremenda discrepancia entre lo estipulado en nuestro artículo 1 constitucional y la mayoría de las legislaciones civiles estatales, ya que en el referido arábigo se establece la obligación del Estado no solo de respetar los DD. HH. de los ciudadanos de manera igualitaria, sino también de vigilar que se cumplan y respeten en cualquier ámbito de gobierno, afectando con ello a las personas que no satisfacen los requisitos de las pocas leyes del fuero común que permiten la práctica de esta TRHA y, sobremanera, las legislaciones civiles que prohíben expresamente la práctica de la MS.

Aunado a lo anterior, Bladilo (2017) argumenta que en un principio las TRHA tenían el objetivo de atender problemas de infertilidad o esterilidad, siendo estos problemas médicos. Pero esa concepción inicial ya no representa o no resuelve las necesidades actuales de las parejas o personas, sin restricción de estado civil, que quieren ejercer la paternidad utilizando cualquiera de las TRHA por motivos diversos, sin que esté mediando una enfermedad física o infertilidad. Al negarles este derecho, el ejercicio de las TRHA resulta ser limitativo o restrictivo solo para un sector específico de la población.

Para entender mejor el concepto de GS, Juve de la Barrera, en su trabajo de investigación *Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada*, menciona que:

La gestación subrogada implica el nacimiento de un niño que es gestado por una mujer ajena a quien desea tener el hijo, bien una pareja con problemas de infertilidad, una mujer sola o un varón solo. Para ello se utiliza alguna de las alternativas que ofrece la reproducción humana asistida, pudiendo el óvulo ser aportado por la mujer que va a gestar, en cuyo caso se recurre a la inseminación artificial, o ser implantado un embrión producido por fecundación in vitro (FIV) procedente o no de los padres que van a adoptar al niño (Juve de la Barrera, 2017, p. 154).

De esta forma, se especifica a la maternidad por sustitución como una TRHA mediante la cual las personas que se ven imposibilitadas o no a procrear por medios naturales puedan ejercer su derecho a procrear y formar una familia sin discriminación alguna. Por lo tanto, podemos conceptualizar que la gestación subrogada es una TRHA mediante la cual la persona que, por alguna razón física, biológica o de cualquier otra índole se ve imposibilitada a procrear de manera natural pueda hacerlo a través de la subrogación de un vientre de una mujer externa, mediante la inserción de un óvulo fecundado o inseminación artificial, según sea el caso; de esta manera, puede estar en posición de ejercer su derecho humano de formar una familia.

Sentencias en las cortes internacionales con respecto de la gestación subrogada basadas en los derechos humanos

Referente a los países de habla hispana, desde hace unos años en Argentina existe una gran movilización para que se reconozca la TRHA como derecho humano y, a su vez, se reconozca en la legislación civil y familiar existente, atendiendo a los derechos fundamentales que la práctica de esta conlleva:

La gestación subrogada es una manifestación del derecho a procrear y a formar una familia, apelando a la libertad reproductiva y la autodeterminación; esta práctica no supone ningún daño a terceros y por ende, debe estar permitida; es una figura que se corresponde con una sociedad liberal,

pluralista y democrática; son acuerdos voluntarios y libres y por consiguiente, no hay razón para hablar de explotación en términos tan genéricos (Scotti, 2012, p. 52).

Lo anterior se relaciona con los denominados derechos de reproducción no sexual, tratándose de ejercer el derecho a procrear sin que sea necesariamente por medio de una relación sexual o de la concepción “natural”, sino a través de las TRHA disponibles, alcanzadas por los avances de la ciencia. Se puede acceder a la maternidad o paternidad sin que esto implique, de manera forzosa, vivir en pareja o la unión sexual de un hombre y una mujer, pudiendo ejercer tal derecho con el puro fin de formar una familia (heterosexual, monoparental u homosexual), sin dañar con esto a terceros.

Asimismo, Díaz (2015) argumenta que, a las personas hombres o mujeres, que anhelan procrear y por distintas razones se ven imposibilitadas a ello, este hecho les causa un tremendo impacto psicológico, lo cual puede verse reflejado en condiciones como ansiedad, desgaste emocional, culpabilidad, alejamiento social, entre otras afectaciones de índole psicológico y emocional. Recibir un diagnóstico de infertilidad trae complicaciones en el aspecto social y en la vida en pareja que pueden terminar en el rechazo social y el divorcio.

Bajo esta misma tesitura, es pertinente mencionar el estudio realizado a catorce hombres homosexuales, llevado a cabo por Herrera *et al.*, (2018) en el cual encontraron que los hombres que aceptaron su homosexualidad sufrieron como consecuencia en sus vidas el rechazo al rol social y familiar, agravándose lo anterior al momento de externar su deseo de ser padres. Esta situación les produjo diferentes reacciones y emociones como el sentimiento de culpa por asumir su orientación sexual, sintiéndose obligados a olvidarse de la aspiración de ser padres, en detrimento del proyecto de vida o anhelo de la infancia a causa de una cultura poco tolerante de las diversidades sociales.

A lo largo de este artículo se ha hecho referencia a que las causas que imposibilitan a las personas a procrear son muy diversas, sin embargo, es importante recalcar que no se refieren de manera exclusiva a aspectos de salud, sino también a razones biológicas (el caso de las parejas homosexuales u hombres solteros) o motivos fuera de los descritos, pero que no por ello

carecen de importancia o se salen del marco de los DD. HH. Es el caso de las mujeres que por su estilo de vida no quieren verse afectadas por todo lo concerniente a la etapa del embarazo, preponderantemente en su ámbito profesional, ejerciendo el derecho individual de elección y de actuar de manera libre y sin coerción en su vida diaria, sin que esto afecte el derecho de terceros.

Por otra parte, Gloria Torres nos comenta que al ponerse en evidencia la imposibilidad de homologar criterios respecto de la MS en Argentina, la senadora Laura Montero, en el mes de noviembre del año 2016, presentó una propuesta de ley que, entre otras cosas, proponía que se regulara la gestación subrogada en su modalidad altruista. Según esta, para llevarse a cabo la MS se necesitaría la autorización del juez competente; que los padres de intención tuviesen tres años de residencia en ese país; que la mujer gestante tuviese por lo menos un hijo con anterioridad a esta práctica y no poder participar en más de dos prácticas de GS. De igual manera, estimaba de tres a seis años de prisión a cualquier institución médica o privada que sirviese de intermediaria y que, obviamente, tuviera una contraprestación por hacerlo, en aras de evitar la práctica de esta TRHA de carácter oneroso. Sin embargo, y por desgracia para el sector social que requiere el uso de esta, dicha propuesta fue rechazada en abril de 2017, continuando con ello la laguna jurídica existente al respecto en ese país (Torres *et al.*, 2019, p. 5)

En el caso de España, en la actualidad se regula una situación de hecho, debido a que existe una disposición expresa en la ley que prohíbe llevar a cabo la práctica de gestación subrogada. Esto trajo como consecuencia que los ciudadanos españoles viajaran a otros países donde sí es permitido llevar a cabo esta TRHA, generando un vacío jurídico en el registro de los niños producto de gestación subrogada. Así las cosas y atendiendo al interés superior del menor, la Dirección General de los Registros y Notariado emitió una instrucción que ordena llevarse a cabo el respectivo registro de estos menores; además, en los casos de reconocimiento judicial en los países donde se realizó todo el proceso, se faculta de manera especial a los encargados del Registro Civil del lugar en el que se pretenda realizar el registro del menor para que lleven a cabo dicho registro, siempre y cuando la referida resolución judicial tenga origen en un procedimiento análogo en ese país, priorizando con ello el interés superior del menor (Fernández, 2014 p. 38).

Con respecto a los DD. HH. de la mujer gestante y la libre disposición de su cuerpo, algunos autores manifiestan:

La gestación por sustitución o maternidad subrogada es solo una forma específica dentro de las posibilidades que ofrecen las técnicas de reproducción humana asistida, la cual debe ser regulada, debido a que se comprometen una serie de bienes jurídicos tutelados por el derecho, tales como la vida de la mujer gestante, su dignidad como persona, su libertad para disponer de su integridad física así como el peligro latente en la manipulación del ser humano por nacer, entre otras cuestiones de relevancia (Ruiz y Valdéz, 2017, p. 15).

Al reconocerse la gestación subrogada como un derecho humano se salvaguardan no solo los derechos de los padres comitentes o también llamados padres de intención, sino también los derechos de la mujer gestante a ejercer su libertad de acción y de libre disposición de su cuerpo, sin que con ello contravenga los derechos de terceros, protegiendo con ello su integridad física y dignidad como ser humano.

Desde esta misma perspectiva y reconociendo la maternidad por sustitución como un derecho humano, por la serie de derechos tutelados de los distintos partícipes en la realización de la misma, podemos inferir que es imperante, con base a nuestra CPEUM y los tratados internacionales en los que México es parte, legislar al respecto tanto a nivel federal como en las distintas entidades federativas. Estableciendo así un procedimiento legal, médico y social para la práctica de la TRHA de gestación subrogada; que sea informada, segura y consciente; que se establezcan los lineamientos para su eficaz realización, protegiendo con ello los derechos humanos de todos los implicados.

Bajo otro punto de vista, se menciona que al reconocer la gestación subrogada como derecho humano no solo se protegen los derechos de los padres comitentes, sino también los de la mujer gestante, pues al permitirle participar en esta TRHA y recibir una contraprestación al respecto se protegen sus derechos humanos de libertad, libre determinación y hasta de libre trabajo (en el caso de GS onerosa), a la privacidad y/o autonomía (Sifris, 2015 p.3)

Por otro lado, en la obra *Tratado de derecho de familia: Derecho de filiación* se considera que el principio de verdad biológica es el que debe imperar, sin embargo, acepta la contraparte que es el surgimiento del principio de voluntad procreacional, este se deriva del reconocimiento y desarrollo del principio del interés superior del niño. Al final concluye que la filiación biológica pierde fuerza frente a la voluntad y el afecto, así pues, deduce que el vínculo paterno o materno filial atañe a quienes lo anhelaron (Varsi, 2013, pp. 584-586)

En relación con lo anterior, es importante señalar que los detractores de la TRHA de maternidad por sustitución, a pesar de ello, entienden la importancia de tener en cuenta el interés superior del menor y que dicho interés ha sido la base de las sentencias tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDD) como de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN); en los casos presentados ante estos tribunales supremos en relación a la TRHA de gestación subrogada así como los derechos de procreación reconocidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDD), los cuales analizaremos más adelante.

Aunado a lo anterior, podemos señalar que cuando alguno de los padres/madres comitentes o padre/madre comitante, quienes conforman distintos tipos de familia (heteroparental, homosexual u homoparental), tiene un vínculo genético con el bebé producto de la gestación subrogada, evidentemente este es un lazo importante de parentesco. Sin embargo, esto no significa que sea el único, pudiendo no tenerlo y tener un lazo más allá de este, a la par, se merma la relación biológica y epigenética que pudiese tener la mujer gestante con el bebé que lleva en su vientre y dará a luz, lo anterior para escindir o minimizar el parentesco en ese sentido (García et al., 2018 p. 322).

En ese mismo orden de ideas, Montes y Parres (2018) resaltan la importancia de que en México la GS sea reconocida como un derecho humano por nuestra CPEUM. Bajo este precepto, cada entidad federativa de la república mexicana estaría en disposición de emitir las legislaciones en este mismo sentido, atendiendo con ello no solo a lo establecido por la citada carta magna, sino también a la necesidad social existente.

Jurisprudencias nacionales con respecto de la gestación subrogada basadas en los derechos humanos

En cuanto a la sistematización de la información obtenida, el análisis de los documentos utilizados para la revisión sistemática se pudo llevar a cabo, ya que estos fueron concentrados en una matriz de Microsoft Excel® con el siguiente orden:

Título del artículo; B) nombre del autor o autores; C) nombre de la revista; D) resumen; E) referencia en formato APA sexta edición; F) año de la publicación; G) país; H) idioma; I) tipo de estudio y J) diseño metodológico; K) resumen y L) conclusiones.

Los resultados arrojaron que, de 156 publicaciones entre leyes, sentencias, jurisprudencias y artículos científicos, se descartaron 103 por no cumplir con los criterios de selección y 33, por duplicidad. No obstante, se seleccionaron 20, las cuales sí cumplieron con los requisitos para ser incluidas y ser objeto de estudio del presente trabajo. Mediante el estudio de las diferentes publicaciones que sirvieron de referencia para el desarrollo de esta investigación, se evidencia la importancia de legislar en favor de la práctica de la gestación subrogada y la homologación de criterios para la realización de la misma. Esto se constata al estudiar la postura de la SCJN, las distintas tesis jurisprudenciales y sentencias al respecto. Ejemplo de ello es la tesis jurisprudencial número LXXXVIII/2019, sostenida por la Primera Sala de la SCJN (visible en la página 1159, del Tomo II, del libro 71, de fecha 11 de octubre de 2019, publicada en el Diario Judicial de la Federación, Décima Época) en la que determina que es deber del juez establecer la filiación de un menor de edad para con el padre(s) o la madre(s) comitentes o de intención, a pesar de la falta de legislación al respecto, lo anterior con base al principio de igualdad inmerso en la CPEUM.

De igual manera, se atiende al interés superior del niño de contar con una identidad clara y filiación definida y, con ello, de gozar de los derechos que esto implique, manifiestos en nuestra Constitución, así como en la Convención sobre los Derechos del Niño. Además de esto, se respeta la libre voluntad de la mujer gestante, quien, como requisito, debe ser mayor de edad y gozar de capacidad legal y de goce. Lo anterior deja en evidencia el reconocimiento de la práctica de la gestación subrogada como

un derecho humano, ya que se basa en principios previamente reconocidos como derechos humanos por nuestra Constitución y por tratados en los que México está suscrito.

En ese mismo orden de ideas, pese a tratarse de derechos de concepción y de filiación paterno o materno filial, y aunque se trate de un caso derivado de una TRHA llamada inseminación artificial (IA) y no específicamente de gestación subrogada, se puede considerar de la misma índole y es pertinente por analogía, ya que en muchas de las ocasiones en que se lleva a cabo la maternidad por sustitución se realiza la TRHA de IA. Además, es procedente por tratarse del reconocimiento de la pronta filiación del menor en el seno de una pareja homosexual y, en el mismo sentido, de la protección del interés superior del niño. La SCJN se ha manifestado en la tesis de jurisprudencia número 1a. LXVIII/2019, sostenida por la Primera Sala de la SCJN, visible en la página 1321, del Tomo II, del libro 69, de fecha 20 de agosto de 2019, publicada en el Diario Judicial de la Federación, Décima Época, en la que se establece que:

El reconocimiento de filiación con un menor de edad en uniones familiares conformadas por parejas del mismo sexo, en el caso específico de la referida tesis de una pareja de mujeres, vulnera el interés superior del menor al no reconocerle la pronta filiación a este para con sus progenitoras aunque una no tenga lazo biológico, ya que la identidad del menor incluye varios factores no solo del vínculo biológico, y máxime en ese caso específico (al igual que en la gestación subrogada) en el que el donante de los gametos masculinos no tiene lazo jurídico de ningún tipo con el niño, debido a tratarse de donación de semen y haber suscrito un acuerdo previo.

Así pues, podemos referir que, de acuerdo a lo establecido por nuestra carta magna y los tratados internacionales de los que nuestro país forma parte, se debe atender preponderantemente al interés superior del menor, así como a los derechos humanos de todos sus partícipes. Ahora bien, en referencia al caso en que se reconozca la filiación con ambos progenitore(a)s, el hecho de que una de ellas tenga un vínculo biológico (según sea el caso) no significa que tenga más derechos para con el menor de edad, ya que legalmente gozan de igualdad de derechos y obligaciones en relación con este. Si existiese una separación de la pareja homosexual, en caso de

la guarda y custodia del menor se priorizará el interés superior del menor y no de quien resulte tener el lazo biológico con este, así lo estableció la Suprema Corte de Justicia en sentencia de amparo en revisión 807/2019 emitida por su Primera Sala, con fecha del 8 del mes de julio de 2020.

Respecto de la Fecundación in Vitro (FIV), que en muchas ocasiones se lleva a cabo en el proceso de la maternidad por sustitución, la CIDH se pronunció en el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, en sentencia de fecha 28 del mes de noviembre del año 2011, mediante la cual se declaró que el Estado de Costa Rica violentó los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 de la CADH, que se refieren:

Al alcance de los derechos a la integridad personal, libertad personal y vida privada y familiar de las víctimas, ya que consideró que la prohibición absoluta de la FIV constituye una violación al derecho de formar una familia, así como consideró que es una injerencia arbitraria en los derechos de la vida privada y familiar, así como la violación al derecho de igualdad, por la prohibición del Estado que impidió a los afectados echar mano de dicha TRHA, y con ello no le permitió superar su situación de desventaja, respecto de la posibilidad de tener hijos biológicos (*Caso Artavia Murillo y otros («fecundación in vitro» vs. Costa Rica, 2011*).

Mientras tanto, la publicación llamada *Implicaciones éticas y jurídicas de la maternidad subrogada*. Aproximación a una visión europea expone las sentencias del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH), órgano creado en el año 1954 y constituido finalmente en el año 1959, el cual tiene a su cargo supervisar que los Estados parte cumplan las obligaciones que surgen de la Convención Europea de Derechos Humanos, misma que entró en vigor en el año 1953. Dicho Tribunal ha emitido diversas sentencias respecto del registro de niños producto de gestación subrogada que se han llevado a cabo fuera de los países de origen de los padres comitentes, por causa de la prohibición de su práctica en la legislación existente en cada uno de esas naciones (que forman parte del continente europeo). Estos niños se ven afectados con la negación del registro de los menores y el reconocimiento de la relación filial existente al regresar a los países de

residencia de los padres de intención, a pesar de contar con el acta de nacimiento emitida por el gobierno del país en el que se realizó dicha TRHA y con ello el reconocimiento de la relación paterno-filial que reclaman.

Sin embargo, existen ciertas diferencias en el contenido de dichas resoluciones, las mismas tienen en común que van encaminadas a salvaguardar el interés superior del menor por encima de los derechos de formar una familia de los padres de intención o de cualquier otro derecho, pronunciándose a favor del registro de los menores cuando consideran que es lo mejor para su desarrollo social, familiar y legal, así como si existiese un vínculo genético con alguno de los padres de intención. Tal como sucedió con los matrimonios Mennesson, Labassee, Foulon y Bouvet, todos vs. el Estado francés, presentados en diferentes fechas, que por encontrarse en los supuestos antes expuestos el TEDH falló en favor del registro de los menores y con ello se les reconocieron los derechos que con el mismo se adquieren.

No corrió con la misma suerte el caso Paradisso y Campanelli, matrimonio que llevó a cabo la gestación subrogada en Rusia, afirmando que el material genético del padre de intención (sr. Paradisso) fue el utilizado en la realización de dicha TRHA y, de manera posterior al nacimiento del bebé producto de GS, en ese país se le expidió un acta de nacimiento reconociéndole al menor y a los padres comitentes la filiación entre ellos. Sin embargo, a su llegada a Italia, las autoridades de dicho país constataron con pruebas de ADN que los gametos masculinos utilizados en la práctica de la MS no eran del padre comitente y, por ende, no existía el vínculo genético que ellos aseveraban. Como consecuencia de ello, el gobierno italiano optó por retener al bebé en custodia y posteriormente procedieron a darlo en adopción a otra pareja italiana. Esta sentencia fue avalada por el TEDH al haber sido presentada ante el mismo por los padres de intención, argumentando su decisión en que estos se presentaron solo como víctimas o quejosos, sin hacer alusión a los derechos del niño; también, considerando que la convivencia con este fue relativamente poca (menor a un año) y que no existía una afectación irreparable en el desarrollo de la personalidad del menor por razones de tiempo de convivencia. Además, se constató la falta de vínculo genético a diferencia de lo que ellos afirmaban, mintiendo

de esta manera a las autoridades estatales. Partiendo de que en ese país se prohíbe de manera tajante la práctica de la gestación subrogada, dicho tribunal manifestó:

Su función no es la pretensión de tener injerencia en la autonomía de la legislación italiana o de cualquier otro país europeo, sino la protección de los DD. HH. de los ciudadanos de ese continente, y al no considerar vulnerado el derecho superior del niño, se pronunció a favor del estado italiano (Emaldi Cirión & Emaldi Cirión, 2017, p. 47-53).

Ahora bien, con respecto de la madre gestante se resalta el caso del Tribunal Federal de Justicia de Alemania (TFJA). A pesar de que en su legislación no está contemplada la práctica de la gestación subrogada, expresó que el hecho de que esta haya sido partícipe de la práctica de MS no viola su dignidad humana, basándose en un caso en el que ciudadanos alemanes llevaron a cabo la práctica de GS en el estado de California, Estados Unidos de América. En su razonamiento entendió que el Supremo Tribunal del estado de California:

Constató que en dicha participación se cumplieron con todos los elementos de acuerdo de voluntades, previstos en el marco legal de ese estado, como son la libre coacción de las partes, que la gestante esté libre de matrimonio al momento de su realización, limitado a cierto número de prácticas, entre otras. No habiendo prueba o indicio que indicara lo contrario, dicho tribunal californiano brindó al TFJA la certeza jurídica que se requiere para respetar los fallos de tribunales de diversos estados de acuerdo al derecho internacional vigente (Reis & Freiburg, 2015 p. 4).

Bajo este mismo paradigma, autores como Luciana Beatriz Scotti en sus diversas obras, específicamente en la Gestación por sustitución y el derecho Internacional privado, respecto de maternidad por sustitución considera que:

La práctica de esta TRHA es la manifestación del derecho a procrear, por ende, no trae intrínsecamente violación a derechos de terceros, debiendo permitirla y legislar al respecto, siendo esta producto de la evolución de una sociedad pluralista, democrata y liberal, máxime que se lleva a cabo basándose en un acuerdo de voluntades de todos sus partícipes previo a la

realización de esta, consecuentemente no se puede considerar lesionados los derechos de los mismos, o de explotación en el caso de la mujer gestante, y por ello exhorta a contemplación en la legislación civil respecto de esta TRHA (Scotti & Scotti, 2015 p. 215-216).

Conclusiones

Es fundamental el reconocimiento de los derechos humanos en un marco de igualdad y de respeto por las diversidades en nuestro país; en este caso, específicamente, los derechos de concepción, pues por distintas limitaciones ya sea físicas, biológicas u otras algunas personas se ven obligadas a hacer uso de los avances científicos y médicos para ejercerlos. Es imperante que sean reconocidos de manera específica en nuestra carta magna como derechos humanos en razón de la naturaleza fundamental y de necesidades básicas que se tratan, así como de la relación con los derechos humanos previamente reconocidos por la CPEUM, de los que actualmente goza el grueso de la población que no tiene ningún tipo de limitación para ejercerlos y que cumplen con los supuestos requeridos por algunas las legislaciones civiles estatales.

Robusteciendo lo anterior, de acuerdo con los tratados internacionales de los que nuestro país es parte, así como los reconocidos en nuestra Constitución federal y diversas legislaciones civiles del fuero común, además de las recientes resoluciones de la SCJN, se debe priorizar el interés superior del menor, en el sentido de que el neonato cuente con un pronto registro, nacionalidad y reconocimiento inmediato de su filiación, y con ello gozar de todos los derechos que tiene como ciudadano de nuestro país, siguiendo la pauta a nivel mundial. Aunque en diversos países todavía no se tiene contemplada la práctica de GS, incluso en los que la práctica de la misma esté prohibida (España, Alemania, Francia, etc.), las resoluciones del TEDH de igual manera resultan protectoras, sobre cualquier otro derecho, del interés superior del niño, salvaguardando su integridad y dignidad física, emocional y legal, de acuerdo al derecho internacional existente.

Ahora bien, al igual que la protección de los derechos de concepción de los padres comitentes, así como el referido interés superior del menor, no debemos dejar de lado los derechos de libertad y libre voluntad de la mujer gestante quien, al participar en esta práctica sin coacción alguna y total libertad de acción, ejerce sus derechos fundamentales o derechos humanos sin dañar con ello de ninguna manera los derechos de terceros.

Así pues, es de suma importancia que el derecho, dentro de la más amplia gama de sus posibilidades y a la par de las consideraciones bioéticas y libertades fundamentales, deje los paradigmas, estereotipos y limitaciones de antaño y evolucione junto con la sociedad, los avances científicos y tecnológicos, para que con ello permita y regule la cobertura total de las necesidades colectivas con el ejercicio de dichos avances. De esta manera, se lograría alcanzar el objetivo primordial del derecho: regir la vida en colectividad de una forma armónica y bajo un marco de igualdad y generalidad.

Limitantes

Se recomienda que la presente investigación se amplíe con apoyo de información estatal de las clínicas que realizan de facto la GS y con entrevistas a personas que han sido partícipes de la práctica de gestación subrogada, para así compilar y comparar experiencias de su realización. Personas que puedan expresar si en la realización de esta TRHA se sintieron vulneradas en sus DD. HH. o si por el contrario les pareció que la práctica de esta les permitió ejercer sus derechos, cualquiera que fuera su papel en esta. Además, comentar si consideran factible realizarla de nueva cuenta, justificando puntualmente sus respuestas.

Considero necesario lo anterior para tener una visión más amplia al respecto, alcanzando con ello no solo el análisis de información o estadísticas, sino el estudio de los resultados obtenidos directamente de quienes han sido partícipes. De esta manera se puede llegar a una comprensión más clara del tema y estar en disposición de comparar todo lo obtenido frente a la postura de los detractores de la MS, los cuales, consideran que en la práctica de esta TRHA se vulnera los DD. HH. de la mujer gestante. Además, en un sentido más amplio, analizar y comparar los datos obtenidos no solo

con las legislaciones constitucionales y de DD. HH., sino también con las legislaciones penales estatales, nacionales y de corte internacional, con la intención de estudiar las teorías de quienes comparan a la GS con el delito de tráfico de infantes, señalando según su criterio a los padres comitentes de caer bajo este supuesto en la realización de esta práctica.

Referencias

- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. 6.
- Bladilo, A., De la Torre, N., & Herrera, M. (2017). Las técnicas de reproducción humana asistida desde los Derechos Humanos como perspectiva obligada de análisis. *REVISTA IUS*, 11(39), 29. <https://doi.org/10.35487/rius.v11i39.2017.293>
- Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica, (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de noviembre de 2011). <https://onx.la/78229>
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (9 de agosto de 2019). Diario Oficial de la Federación. Ciudad de México, México: Congreso de la Unión.
- Castillo, C. L. (2012). La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 805-838.
- ONU. (2005). *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*. Disponible en: <https://onx.la/e92f7>
- Díaz Pérez, M. (2015). *Aspectos psicológicos en infertilidad y gestación subrogada*. 2015, 29.
- Emaldi Cirión, A., & Emaldi Cirión, A. (2017). Implicaciones éticas y jurídicas de la maternidad subrogada. Aproximación a una visión europea. *Acta bioethica*, 23(2), 227-235. <https://doi.org/10.4067/S1726-569X2017000200227>
- Fernández, F. R. (2014). La protección del menor en los casos de gestación por sustitución: Análisis de diversos supuestos prácticos. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 6, 38-50.
- Ferrajoli, L. (2001). Los fundamentos de los derechos fundamentales. *Primera Vista*, 19-56.

- García, S. F., Corrochano, E. H., Konvalinka, N. A., & Molina, R. S. (2018). La gestación subrogada bajo prismas diferentes. Cuatro corrientes de análisis para un mismo tema. *Antropología Experimental*, 18. <https://doi.org/10.17561/rae.v0i18.3563>
- Herrera, F., Miranda, C., Pavicevic, Y., Sciaraffia, V., Herrera, F., Miranda, C., Pavicevic, Y., & Sciaraffia, V. (2018). “Soy un papá súper normal”: Experiencias parentales de hombres gay en Chile. *Polis (Santiago)*, 17(50), 111-137. <https://doi.org/10.4067/S0718-65682018000200111>.
- Juve D., N. (2017, agosto 2). perspectivas biomédicas de la maternidad, 49-52
- Montes, C. B., & Parres, H. J. (2018). *Gestación sustituta y subrogada en México, derecho humano no reconocido constitucionalmente*. 31-47.
- Potosí, C. F. (12 de noviembre de 2019). Congreso del Estado de San Luis Potosí. San Luis Potosí, San Luis Potosí, México: Periódico Oficial del estado de San Luis Potosí.
- Querétaro, C. C. (30 de junio de 2019). Congreso del Estado de Querétaro. Querétaro, Querétaro, México: periódico oficial del estado de Querétaro.
- Ramón Fernández, F. (marzo de 2014). La protección del menor en los casos de gestación por sustitución: análisis de diversos supuestos. *Revista sobre la Infancia y la adolescencia*, 13. Obtenido de <http://dx.doi.org/10.4995/reinad.2014.1664>
- Reis, D., & Freiburg, A.-L.-U. (2015). *German Federal Court of Justice on Surrogacy and German Public Policy*. 8.
- Ruiz Balcazar, M. y Valdéz Martínez, M. (2017). *Dilemas de la gestación subrogada*. 19.
- Scotti, L. B., & Scotti, L. B. (2015). La gestación por sustitución y el Derecho Internacional Privado: Perspectivas a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. *Revista de la Facultad de Derecho*, 38, 231-275.
- Scotti, Luiciana B. (2012, diciembre). El reconocimiento extraterritorial de la maternidad subrogada”. Una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas. *Buenos Aires, Argentina*, 10, 345.

- Sifris, R. (2015). Commercial surrogacy and the human right to autonomy. *Journal of Law and Medicine*, 23(2), 365-377.
- Sinaloa, C. F. (febrero de 2018). Congreso del Estado de Sinaloa. Culiacán, Sinaloa: Periódico Oficial del Estado de Sinaloa.
- Subrogada. *Asociación Española de Bioética y Ética*, XXIII, 153-162.
- Tabasco, C. C. (mayo de 2017). Congreso del Estado de Tabasco. Villa Hermosa, Tabasco, México: Periódico Oficial del Estado de Tabasco.
- Torres, G., Shapiro, A., & Mackey, T. K. (2019). A review of surrogate motherhood regulation in South American countries: Pointing to a need for an international legal framework. *BMC Pregnancy and Childbirth*, 19(1), 46. <https://doi.org/10.1186/s12884-019-2182-1>
- Organización de los Estados Americanos. Tratados Multilaterales > Departamento de Derecho Internacional > OEA, (1969). *Convención Americana de sobre los Derechos Humanos*. Recuperado 7 de julio de 2020, de <https://onx.la/f78b3>
- Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje. (2016). *Conceptos Básicos sobre Derechos Humanos | Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje*. <http://www.tfca.gob.mx/es/TFCA/cbDH>
- Varsi, R. E. (2013). *Tratado de derecho de Familia. Derecho de filiación: Vol. IV (I)*. Imprenta Editorial del Búho E.I.R.L. <https://onx.la/5d575>