

GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN Y SUS CONSECUENCIAS EN LOS DERECHOS HUMANOS

DOI: <https://doi.org/10.19136/es.v13n37.6569>

* Frida Sofía Vidal Macdonel

** Alfredo Islas Colín

* Estudiante de la Licenciatura en Derecho de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco de la División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades
sofiamacdonel@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-3652-4388>

** Investigador Nacional nivel III SNII-SECIHTI, profesor investigador en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.
islas40@hotmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2841-4315>

Fecha de publicación: 12 de junio 2025.

RESUMEN. En los últimos años, las técnicas de reproducción asistida han ido en aumento por la necesidad de los seres humanos de formar una familia. En este caso nos enfocaremos en una de ellas, la gestación por subrogación. El presente artículo tiene como finalidad analizar la gestación por subrogación desde una perspectiva jurídica, evaluando sus implicaciones en los derechos humanos. Se exponen las generalidades de la gestación por subrogación, su concepto, las modalidades que existen, los sujetos que participan y por supuesto las consecuencias que trae esta práctica desde una perspectiva de derechos humanos, se utilizó un enfoque cualitativo empleando el método estructuralismo jurídico partiendo de los informes de los relatores de la ONU, en específico los de la relatora especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, análisis de legislaciones nacionales e internacionales para evaluar las implicaciones éticas de la práctica.

La gestación por subrogación es un tema que plantea desafíos para los derechos humanos y su debida protección, en especial en contextos donde la práctica no está regulada; pueden suceder vulneraciones a los derechos humanos de las personas involucradas.

PALABRAS CLAVE: Derechos Humanos; Gestación por subrogación; ONU.

ABSTRACT. In recent years, assisted reproductive techniques have been on the rise due to the human need to form a family. In this case, we will focus on one of them, gestational surrogacy. The purpose of this article is to analyze surrogacy from a legal perspective, evaluating its implications for human rights. The generalities of surrogacy are presented, its concept, the existing modalities, the subjects involved, and of course the consequences this practice brings from a human rights perspective. A qualitative approach was used employing the legal structuralism method based on the reports of UN rapporteurs, specifically those of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children, and an analysis of national and international legislations to evaluate the ethical implications of the practice.

Surrogacy is a topic that poses challenges for human rights and their proper protection, especially in contexts where the practice is not regulated; human rights violations of the people involved can occur.

KEYWORDS: human rights; surrogacy; ONU.

INTRODUCCIÓN.

La gestación por subrogación, también conocida como “maternidad subrogada” o “vientre de alquiler”, es un tema de gran relevancia a nivel internacional. Esta práctica ha generado una serie de discusiones legales, éticas y sociales en los últimos años. La práctica, que implica que una mujer lleve y dé a luz a un niño para otra persona o pareja, plantea preguntas confusas sobre los derechos de los padres, la autonomía reproductiva y la protección de los derechos humanos.

En la actualidad, este fenómeno plantea interrogantes cruciales sobre los derechos humanos fundamentales y las posibles violaciones que pueden surgir en su

ejercicio. Es imperativo abordar este tema con profundidad, no solo para comprender sus implicaciones éticas y legales, sino también para proteger los derechos tanto de las mujeres involucradas como de los niños concebidos bajo esta modalidad. Desde la mercantilización de los cuerpos de las mujeres hasta los riesgos de explotación y abuso, la gestación por subrogación pone de relieve desafíos significativos que requieren una atención crítica y reflexiva.

En este contexto, discutir sobre este tema no solo es relevante, sino esencial para salvaguardar los principios de justicia, dignidad y derechos humanos universales en nuestras sociedades contemporáneas.

El tema de la gestación subrogada es controversial, ya que se puede abordar desde diferentes perspectivas, por la moral, los derechos humanos, de forma jurídica, el feminismo, entre otros. En el caso de este presente artículo, se abordará desde los derechos humanos y de forma jurídica.

La gestación subrogada en México se lleva a cabo en un vacío jurídico, lo que puede ocasionar potenciales infracciones de los derechos humanos. La ausencia de una normativa apropiada impacta negativamente en la paternidad y la estructura familiar, dado que la naturaleza contractual de la gestación subrogada podría no estar en consonancia con los tratados internacionales de derechos humanos. El reciente fallo de la Suprema Corte señala la imperiosa necesidad de una legislación federal que aborde estas problemáticas de manera profunda, asegurando la salvaguarda y la dignidad de todas las partes implicadas.

I.- GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN, ELEMENTOS Y MODALIDADES

A través del paso del tiempo se han realizado numerosos progresos en la

ciencia, a raíz de estos avances médicos, nacen las técnicas de reproducción asistida (TRA) estas técnicas ofrecen una alternativa a los problemas de fertilidad y también para las personas que por algún motivo no pueden tener hijos y quieren satisfacer su deseo de ser padres.

I.I. Elementos de la gestación por subrogación.

Se entiende por técnicas de reproducción asistida (TRA), al conjunto de métodos biomédicos, que conducen a facilitar, o substituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana. (Santamaría, 2000). Por lo que se considera que la reproducción asistida tiene los siguientes elementos: 1) Métodos biomédicos, 2) Facilitar o substituir procesos biológicos naturales, 3) La procreación humana.

Existen diferentes términos para referirse a esta técnica de reproducción, como por ejemplo “Ventre de alquiler” o “Maternidad subrogada” y aunque ambos términos tengan el mismo significado para mí el nombre correcto es gestación por subrogación, ya que como menciona la autora Eleonora Lamm (2013) “La

maternidad es un concepto amplio que no se puede subrogar, lo que se subroga es la gestación, ya que la maternidad es más allá de gestar y solo se puede vivir en primera persona.” (p. 26)

Por lo tanto, se puede afirmar que el término más adecuado para referirse a esta práctica es, “gestación subrogada” en virtud de la protección de los derechos humanos y la dignidad de la mujer gestante, en específico, porque esto permite enfatizar la importancia de la protección de los derechos antes mencionados para así evitar utilizar términos que puedan desvalorizar a la mujer y considerarla un medio, o una mera transacción (González Cobos & Cobos Campos, 2023).

La gestación subrogada es un tema confuso y actualmente abarca una amplia gama de opiniones, posturas y enfoques. Dada la gran complejidad inherente al tema en cuestión, se ha observado una notable variabilidad en la conceptualización de este, la cual ha dependido en gran medida de la perspectiva y orientación adoptada por cada autor involucrado en su estudio.

Se puede empezar definiendo la palabra “Subrogar”, que según el Diccionario de la Lengua Española (2001) es la acción de sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa. En este sentido, lo que se sustituye es la madre, ya que la mujer gestante no es la que será la madre de forma legal.

Por lo que la gestación subrogada, no es como tal una técnica de Reproducción Asistida, sino que estas son el camino para realizar la gestación subrogada, ya que esta es posible por la fecundación in vitro o la inseminación artificial. Este argumento se retoma de Brazier (1998): “La gestación por subrogación es la práctica mediante la cual una mujer lleva un embarazo para otra/s persona/s como resultado de un acuerdo, previo a la concepción, de que el niño debe ser entregado después de nacer”. (p. 75) Sin embargo, para Pérez Monge, (2002, p. 329) la define como un contrato que puede ser oneroso o de forma gratuita, en el que la mujer se compromete a gestar o aportar su óvulo, para después entregar el niño a los padres comitentes. En esta definición que nos da el autor, ya menciona vagamente los tipos de modalidades que existen, modalidades

que se explicarán con detalle más adelante.

Para la ONG Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE, 2017), la gestación subrogada es un contrato a través del cual una mujer acepta gestar para una persona o pareja que tiene la intención de fungir como padre(s) o madre(s) de la niña o niño nacidos de dicho embarazo. (p. 9)

GIRE, al igual que el autor anterior, aborda este concepto desde una perspectiva en la que esta práctica se considera un contrato por las características que maneja.

En palabras de la Relatora especial de la Organización de las Naciones Unidas (2018):

“La gestación por subrogación es una técnica de reproducción, esta se realiza mediante un “tercero”, en el que el aspirante o aspirantes a progenitor y la madre de alquiler convienen en que esta se quede embarazada, geste y dé a luz a un niño. (p. 10).

También podemos encontrar una distinción entre los términos, “subrogada” y “sustituta”, para referirse a lo que otros llaman gestación “Parcial” y “Plena/Total” o “Tradicional” y “Gestacional”.

Para la profesora Hernández (2014), hace una distinción de la gestación por subrogación de las modalidades, “parcial” o “total”. En la plena la mujer gestante también aporta material genético, y en la parcial la mujer gestante no aporta el material genético, solo la gestación (p. 150).

Por otro lado, en el código civil del estado de Tabasco, se encuentra en el artículo 92, se hace la diferencia utilizando los términos “Sustituta” y “Subrogada”:

(...) 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 (Congreso del Estado de Tabasco, 2024).

Al igual que, en el artículo 380 bis 2, también lo menciona como “modalidades” de la gestación por contrato:

I. Subrogada: implica que la gestante se insemine aportando sus propios óvulos y que, después del parto, entregue el recién nacido a la contratante mediante adopción plena; y

II. Sustituta: implica que la gestante se contrate exclusivamente para portar en su vientre un embrión obtenido por la fecundación de gametos de la pareja o persona contratante. (Congreso del Estado de Tabasco, 2024).

Como podemos ver, aunque se usen términos diferentes para referirse a las modalidades de la maternidad subrogada,

la diferencia principal está en la carga genética que aporta o no la madre gestante al embrión.

Es importante recordar que, como elementos de la gestación por subrogación, intervienen dos tipos de sujetos: 1. Pasivos y 2. Activos. En este apartado se explicarán los sujetos que se involucran en esta práctica a partir de los reportes que la relatora de la ONU (2019) ya antes mencionada ha emitido.

1. Sujetos pasivos. Se dice que son los sujetos pasivos, ya que son las personas en las que se ejerce la acción, en este caso la práctica, también porque, en muchos de estos casos, estos sujetos no tienen el pleno control sobre el proceso o sobre las decisiones.

a) La mujer gestante: Es aquella que se compromete a realizar el procedimiento, gestar y dar a luz al niño.

También se les conoce como “Madre de alquiler”, pero en este caso se usará el término de “mujer gestante” o “gestadora subrogada”, ya que se considera más

apropiado desde la perspectiva de los derechos humanos.

Estas mujeres, muchas veces acceden a ser gestantes subrogadas porque se encuentran en una situación de vulnerabilidad económica, un ejemplo de esto es el primer caso de gestación por subrogación que se documentó en la India, donde la mujer aceptó ser gestante a cambio de 50.000 rupias, dinero que necesitaba para pagar el tratamiento médico de su esposo. (Smerdon, 2008) en algunos casos los contratos son abusivos, o suelen imponer ciertas restricciones en la vida de las gestantes tales como alimentación, actividades, revisiones médicas de forma obligatoria, etc.

b) Niños: Se refiere a los nacidos bajo el procedimiento de gestación subrogada.

Los niños nacidos bajo esta técnica, su destino se decide con un contrato, y si hay alguna disputa legal o cambios en la situación de los padres comitentes, su futuro puede ser incierto.

2. Sujetos activos. Se les llama sujetos activos en el sentido que ellos son los que toman las decisiones, establecen las condiciones y tienen el control del proceso. Estos lo inician y dirigen desde el principio hasta el final

Generales:

a) Aspirantes a progenitor. Aquella pareja que funge como la parte contratante. También conocidos como padres comitentes, son aquellos que inician el proceso al expresar su deseo de ser padres y buscan acceder a la práctica de la gestación subrogada.

b) Intermediarios. Usualmente con ánimos de lucro. Estos son quienes organizan y regulan esta práctica, estableciendo los procedimientos médicos, legales y, en su caso, financieros.

c) Estado. El encargado de salvaguardar los derechos humanos. Y es el responsable de la debida regulación de esta práctica, La conferencia de La Haya, (2012) menciona las preocupaciones por las prácticas abusivas que pueden surgir, ya que no se cuenta con una legislación internacional o en su caso nacional que

pueda ser aplicable a esta práctica, por lo tanto, la solución exigente la instauración de marcos jurídicos tanto internacionales como nacionales que establezcan de manera explícita la prohibición de la gestación por sustitución.

Específicos:

Los profesionales de la salud, abogados, las agencias de gestación por subrogación (intermediarios), notarios y clínicas.

En muchos de estos países esta práctica opera como negocios lucrativos y su la participación de estos sujetos refuerza la idea de deshumanización de las mujeres viéndolas como un producto o como un medio, ya que en ocasiones la cantidad que se les paga a la gestante es mínima, comparado con lo que los intermediarios pactan en el contrato con los padres comitentes.

I.II. Modalidades o tipos de la gestación por subrogación

Las modalidades pueden ser “Parcial” y “Plena”, mismas que ya se mencionaron anteriormente en el apartado de conceptualización, en este caso de acuerdo con el Informe A/HRC/37/60 de la

Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, (2018) deducimos una lista de cuatro modalidades de acuerdo con otras características que pueden o no ser parte una gestación subrogada parcial o plena, con las características siguientes:

1. Por tipo de contrato
2. Por tipo de asistencia médica
3. Por su regulación
4. Por elemento geográfico

A continuación, se explica con detalle cada una de estas:

1. Por tipo de contrato:

Con el creciente auge que esta práctica ha tenido en los últimos años y por la misma naturaleza de la acción, se ha vuelto cotidiana la utilización de contratos en los cual se exponen las pautas para llevar a cabo el proceso.

A continuación, exponemos dos tipos de contrato: a) de carácter altruista y b) comercial.

- a) La gestación por subrogación de carácter altruista. Se presenta cuando una mujer acepta llevar la

maternidad subrogada de manera gratuita; esto puede ser porque tiene una relación filial o social con los aspirantes comitentes. La mayoría de los países que legisla esta técnica de reproducción asistida, la modalidad altruista o no remunerada, es la única forma permitida.

Aunque muchas veces se trata de un falso “Altruismo”, de acuerdo con la RAE (2024), “El altruismo es la diligencia en procurar el bien ajeno aun a costa del propio”. En ese sentido, es el realizar una acción de manera desinteresada y completamente voluntaria, pero en estos contratos a menudo hay acuerdos legales que se traducen a beneficios tangibles para alguna de las partes, por lo que se pone en duda si es una acción puramente altruista, también pueden estar envueltos varios factores; como las compensaciones encubiertas, ya que como la gestante no puede recibir directamente un pago, este suele ser dado como un “regalo” o “apoyo”, y la presión social y emocional que puede ser ejercida cuando la gestante tiene un lazo familiar o amistoso con los aspirantes a progenitor.

De acuerdo con un estudio de Susan Markens (2007) muestra que en EE. UU., incluso en casos llamados “altruistas”, muchas madres subrogadas admiten que la motivación principal era económica.

Si bien, esta modalidad altruista se presenta como una alternativa ética a la modalidad comercial, no podemos evitar cuestionarnos la legitimidad de su altruismo.

b) La gestación por subrogación de carácter comercial. Se refiere a cuando la gestadora recibe de la pareja contratante un pago anteriormente pactado por el embarazo y entrega del niño.

Este tipo de contrato, es el que más ha sido rechazado en los países donde se legisla esta técnica (México, India, Canadá, Australia) muchas de estas jurisdicciones que en su momento fueron destinos del “Turismo reproductivo” por su falta de legislación, han pasado a regular esta técnica, y el contrato de carácter comercial está prohibido, ya que como se mencionó anteriormente los aspirantes a progenitores suelen ser extranjeros que

cuentan con todos los medios económicos para pagar este tipo de procedimientos y las mujeres gestantes usualmente son mujeres con necesidades económicas, y un ambiente con este desequilibrio predispone violaciones de derechos humanos y abusos.

2. Por tipo de asistencia médica:

El deseo de formar una familia es algo común en el ser humano, y es por esto por lo que con los avances médicos que se han realizado a lo largo de los años, se hayan desarrollado las técnicas de reproducción asistida, estas según Montes Guevara, (2022) constituyen el conjunto de técnicas médicas utilizadas para facilitar o facilitar la procreación humana. Los cuatro tipos de asistencia médica reproductiva que exponemos son: a) Fecundación in vitro, b) transferencia embrionaria, c) Inseminación Artificial, d) Compra o donación de gametos.

a) Fecundación in vitro. La fecundación in vitro, FIV o (IVF en inglés), de acuerdo con Ramos et al. (2016) “Se refiere a la tecnología de un procedimiento de fertilidad que se utiliza para ayudar a la concepción

del embrión mediante el uso de una combinación de medicamentos y cirugía para alentar a los espermatozoides a fertilizar los óvulos y ayudar a que los óvulos fertilizados se implanten en el útero.”

b) Transferencia embrionaria: La transferencia embrionaria consiste en depositar en el útero de la mujer un embrión (o varios; generalmente, como máximo dos) obtenido en el laboratorio tras una fecundación in vitro (FIV), a la espera de que implante y dé lugar a un embarazo (Bortoletto, et al., 2018).

c) Inseminación artificial: se trata de una técnica de reproducción asistida de fácil implementación y bajo costo que consiste en la introducción de espermatozoides de manera no natural directamente en el útero femenino. El objetivo es que se produzca la fecundación y conseguir el embarazo (Ayeleke, et al., 2020).

d) Compra o donación de gametos: La donación de gametos alude a la transmisión de óvulos y espermatozoides por individuos de manera anónima (Comisión Nacional

de Reproducción Humana Asistida, 2015).

Cada una de estas diversas técnicas de reproducción asistida se distingue por su enfoque singular y posee atributos específicos. No obstante, todas convergen en un objetivo común: alcanzar la concepción y el tan anhelado embarazo. Es por esta razón que estas disposiciones son las más utilizadas en los acuerdos jurídicos de gestación por subrogación.

3. Por su regulación:

El hecho de que la propia naturaleza de esta práctica sea gestar un ser humano para ser entregado a otras personas, trae consigo una necesidad de regulación por parte del estado, y es ahí donde se hace la distinción: a) regulada y b) no regulada.

a) Regulada. Esto quiere decir que esta práctica está reconocida por el estado y cuenta con normas o leyes que avalan el ejercicio de esta.

En la actualidad, existen pocos países en los que esta práctica está regulada, y esta varía de acuerdo con cada estado. Por ejemplo, en Estados Unidos, en algunos

estados como California, Illinois y Nevada se han promulgado leyes que permiten y regulan los contratos de maternidad subrogada. (Medical Tourism Magazine, 2024). Por otro lado, en Nebraska y Arizona, los contratos no se reconocen, pero la práctica como tal no está totalmente prohibida (Arizona Revised Statutes, 2023).

En el caso de Canadá, esta práctica es legal, pero solo de forma altruista. La ley prohíbe estrictamente el pago, pero sí permite lo que llaman “reembolso” para los gastos que puedan ocurrir durante el embarazo, esto como, citas médicas, ropa de maternidad, medicinas, etc. Los efectos legales del contrato y todo lo relacionado con la filiación del niño, se rige de acuerdo con las leyes de cada estado (Assisted Human Reproduction Act, 2004).

En México, esta práctica se encuentra regulada en dos estados, Tabasco y Sinaloa, solo para ciudadanos mexicanos. El uso del contrato es de carácter obligatorio y debe ser notariado. En el caso de Sinaloa en el art. 284 del código familiar del estado de Sinaloa, menciona las 4 modalidades permitidas y la onerosa es

una de ellas, en Tabasco, la ley ha sufrido varios cambios, originalmente el estado era permisivo con esta práctica en la modalidad comercial lo que causó que Tabasco fuera un destino atractivo para las parejas que deseaban utilizar esta práctica.

Por ello que en el 2016 se realizaron varias reformas al Código Civil, entre ellas la prohibición de la modalidad comercial, por lo que solo quedó permitida la modalidad altruista. Esto con el objetivo de prevenir la explotación en torno a esta práctica, pero en junio del 2021 la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) determinó que prohibir la modalidad comercial era discriminatorio. A pesar de este fallo, en la actualidad no se han registrado reformas en la legislación del estado de Tabasco, que permitan explícitamente esta modalidad comercial.

b) No regulada. Esto no quiere decir que la práctica no sea reconocida por el estado, y no se cuenta con normas o leyes para proteger su ejercicio. Hay varios países que no cuentan con regulación, que tienen restricciones parciales o

prohibiciones definitivas. Como se mencionó anteriormente en México, solo en dos estados del país está regulada, (Sinaloa y Tabasco) y en los otros treinta no se reconoce.

En otros países como la India, que por mucho tiempo fue un destino de gran popularidad para la realización de esta práctica, esta popularidad trajo consigo una gran mercantilización de esta práctica por lo que se dieron violaciones a los derechos humanos, por lo que en el 2019 se aprobó una ley que restringe esta práctica solo para ciudadanos Indios y bajo la modalidad altruista, para proteger a las mujeres Indias de la explotación. (Gobierno de la India, 2019)

En España, esta práctica está estrictamente prohibida, La Ley 14/2006 del 26 de mayo, trata las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, pero no reconoce la maternidad subrogada, y se califica esta práctica como una violencia contra la mujer. Otros países que prohíben esta práctica son Francia e Italia.

4) Por su elemento geográfico.

La clasificación por elemento geográfico corresponde a su ámbito de aplicación geográfica: a) contrato internacional y b) contrato nacional.

- a) Contrato internacional de gestación por sustitución. En esta modalidad se refiere al contrato que se realiza fuera del país de residencia de alguno de los involucrados.

En el informe con número A/74/162 de la relatora especial de la ONU (2019) menciona que uno de los problemas principales de este tipo de contratos, es que en algunas jurisdicciones estos son nulos, inaplicables y en ciertos casos pueden tener sanciones penales y esto puede causar repercusiones graves para los niños nacidos bajo estos contratos.

- b) Contrato nacional de gestación por subrogación: Se refiere al contrato que se realiza en el país de residencia de los involucrados.

Aquí se pueden mencionar los contratos que se realizan en México, en específico en Tabasco y Sinaloa, donde sus

legislaciones permiten que solo ciudadanos mexicanos puedan acceder a ella.

II. DERECHOS HUMANOS RELACIONADOS EN LA PRÁCTICA DE LA GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN

Una parte fundamental de la gestación por subrogación es su vinculación con los derechos humanos. De ahí la importancia de reflexionar sobre esta práctica en su efecto en la dignidad humana, la autonomía de la voluntad y los derechos fundamentales en un contexto globalizado y comercial. Los debates sobre la regulación y la ética de la gestación subrogada son esenciales para proteger a todas las partes involucradas y asegurar que cualquier práctica respete verdaderamente los derechos humanos universales, sin comprometer la dignidad ni la integridad de las personas. A continuación, se expondrán las presuntas violaciones de derechos en la gestación por subrogación por grupos vulnerables.

A. Mujeres. Respecto a las mujeres gestantes, existe una preocupación fundamental sobre la explotación y la mercantilización de sus cuerpos. En

muchos casos, las mujeres que se convierten en gestantes subrogadas provienen de comunidades vulnerables y económicamente desfavorecidas. Se ven presionadas a llevar a término un embarazo por razones financieras, lo que plantea preguntas éticas sobre la autonomía y el consentimiento genuino en un contexto donde las desigualdades económicas de las partes involucradas se pronuncian.

Además, el proceso de gestación subrogada puede comprometer la salud física y mental de las mujeres gestantes, quienes a menudo enfrentan riesgos médicos y emocionales significativos. La falta de regulaciones adecuadas puede exponerlas a prácticas coercitivas y a condiciones de trabajo poco seguras.

En los derechos humanos de las mujeres que presuntamente se violan con la práctica de la gestación por subrogación, son los cuatro siguientes: 1.- Derecho a la dignidad, 2.- Derecho a la salud, 3.- Derecho a la libre circulación y 4.- Derecho al consentimiento informado.

1.- Derecho a la dignidad. En el Informe Anual sobre Derechos

Humanos y Democracia en el Mundo (2015), El Parlamento Europeo ha emitido una condena a la práctica de la gestación subrogada, debido a su impacto negativo en la dignidad humana de la mujer, dado que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como mercancía.

El derecho a la dignidad es uno de los más importantes y es la base de todos los derechos humanos reconocidos en diversos instrumentos jurídicos a nivel internacional, regional y nacional. Por ejemplo, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (DUDH, 1948). También en el artículo 1º Constitucional establece que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos (CPEUM, 1917).

Se considera que el derecho a la dignidad es difícil definirlo, ya que tiene distintas acepciones (Islas Colín, 2013, 2021), como algunas de las siguientes:

- 1) Es principio y es fuente de todos los derechos;
- 2) Es un rango y es una categoría;

- 3) Es un valor único e incondicional que tiene la existencia misma del ser humano, independientemente de su edad, salud física o mental, raza (...);
- 4) Es la no discriminación y es la igualdad;
- 5) Es la no instrumentalización de la persona humana;
- 6) Es lo humano en el hombre;
- 7) Es el derecho inderogable por excelencia; y
- 8) Es inherente a todo ser humano y es irreemplazable.

Estas designaciones nos permiten entender la importancia del derecho a la dignidad y sus vínculos con otros derechos, como los siguientes:

2.- Derecho a la Salud: Este derecho consiste en garantizar un estado de bienestar físico, psicológico y social, así como la igualdad en el acceso y la calidad en la atención médica (CNDH, 2023). Este derecho lo podemos encontrar tanto en la normatividad nacional como

internacional. De forma nacional, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; la Ley General de Salud; Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres; Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, y en algunas Normas Oficiales Mexicanas de Salud.

De forma internacional, en la Declaración Universal de Derechos Humanos; Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

Este derecho se encuentra relacionando estrechamente con la práctica de la maternidad subrogada, ya que el procedimiento involucra directamente la salud física y mental de la mujer gestante e incluso del niño a nacer. La falta de regulación nacional e internacional de esta práctica da lugar a que puedan surgir violaciones a este derecho y más si se practica en condiciones de explotación, no

hace falta mencionar todos los riesgos físicos y psicológicos que tiene un embarazo, por lo que la protección de este derecho es importante para los sujetos pasivos involucrados.

3.- Derecho a la libertad de circulación. De acuerdo con el Artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) este es el derecho que tiene toda persona de circular libremente por un territorio, así como entrar y salir de él. En México lo encontramos establecido en el Artículo 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (1917)

El derecho a la libre circulación es fundamental en el contexto de la gestación subrogada, especialmente considerando que en algunas ocasiones las gestantes pueden enfrentarse a restricciones con la finalidad de garantizar a los aspirantes a progenitor el control del niño al momento de su nacimiento. (Forman, 2015)

4.- Derecho al consentimiento informado. Este derecho es importante, ya que la mujer gestante debe decidir de forma libre, sin

presión o coacción económica o social, fungir como gestante subrogada, con pleno conocimiento de todo lo que implica este procedimiento.

Según Beauchamp y Childress (2019), el consentimiento informado implica que una persona, en plena capacidad de decisión, “acepte voluntariamente un tratamiento o procedimiento médico después de recibir información suficiente sobre los riesgos, beneficios y alternativas disponibles” (p. 120).

B. Niños. En este apartado entendemos a los niños nacidos por la gestación por subrogación, aquellos en proceso de gestación y a los ya nacidos.

Los derechos humanos que constantemente se violan al grupo vulnerable en estudio son de manera enunciativa los dos siguientes: 1.- Interés superior del menor, 2.- Derecho a la nacionalidad e identidad. 3.- Derecho humano a la salud

1.- Interés superior del menor. El principio del interés superior del niño es un concepto

fundamental en el derecho nacional e internacional. De forma rápida podemos decir que este establece que todas las decisiones que involucren a un menor deben priorizar su bienestar, desarrollo y protección integral. Este principio se establece en la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 3 párrafo 1, menciona que:

En todas las medidas concernientes a los niños... Una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989) (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989, Art.3).

La gestación subrogada, comercial y altruista no está reñida con 'lo mejor' de los intereses del estándar del niño. En determinadas circunstancias, prohibir o penalizar la gestación subrogada puede en sí mismo violar el "interés superior del niño". (Global Human Rights Clinic, 2019)

No obstante, este principio es algo que siempre se debe tener en cuenta, ya que esta práctica todavía plantea desafíos en cuanto a la protección de los derechos

humanos, y esto puede llevar a que susciten situaciones en las que el niño caiga en un limbo legal y esto vulnere sus derechos fundamentales.

2.- Derecho a la nacionalidad y a la identidad. Todos los niños tienen derecho a poseer una identidad oficial, es decir, a tener un nombre, un apellido, una nacionalidad y a conocer la identidad de sus progenitores. Este derecho está protegido en el artículo 7 y 8 de la

Convención sobre los Derechos del Niño. Este derecho constituye el derecho primigenio que se convierte de manera automática en la llave de acceso a otros derechos esenciales como el derecho a la salud, a la educación, a la protección y a la inclusión en la vida económica, cultural y política del país para cualquier persona. (Registro Nacional de Población, 2020)

Cuando el país proveedor reconoce solo a los padres previstos como padres, pero el país de acogida reconoce únicamente a la madre sustituta como progenitora, los niños pueden quedar sin autorización legal, ciudadanía o padre. (Stark, 2012) Las violaciones a este derecho pueden

terminar en, consecuencias como el abandono o la apatridia.

3.- Derecho a la salud. El derecho a la salud de los niños está protegido en varios instrumentos internacionales que establecen obligaciones para los Estados en cuanto a la promoción, protección y garantía del acceso a servicios de salud sin discriminación.

En la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), que es el tratado más importante en materia de derechos de la infancia y establece de manera explícita el derecho a la salud:

Artículo 24: Los Estados deben garantizar el derecho del niño "al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de enfermedades y la rehabilitación de la salud". También menciona la necesidad de reducir la mortalidad infantil y garantizar el acceso a atención médica, nutrición y saneamiento.

En el caso de los niños nacidos bajo la modalidad de la gestación por

subrogación, es importante que este derecho se proteja y se garantice por sobre todas las cosas, ya que está estrechamente vinculado a la seguridad jurídica, al acceso a servicios médicos y a la no discriminación.

III. EL CAMINO POR SEGUIR: REFORMAS JURÍDICAS Y COOPERACIÓN INTERNACIONAL

Para abordar los desafíos legales y éticos que plantea la gestación subrogada, México debe priorizar el desarrollo de un marco legal integral e inclusivo. Este marco debe garantizar la protección de los derechos de todas las partes involucradas, incluida la gestante, los futuros padres y el niño (Marrón, 2022).

Las consideraciones clave para la reforma legal incluyen:

- **Regulación de los contratos de gestación subrogada:** Las directrices claras para los contratos de gestación subrogada, que incluyan los derechos y obligaciones de todas las partes, son esenciales para prevenir la explotación y garantizar la equidad (Parada, 2020).

- **Autonomía reproductiva:** El marco legal debe reconocer y proteger la autonomía reproductiva de las mujeres, incluido su derecho a tomar decisiones sobre su propio cuerpo y salud (González Moreno, 2019) (Bogino Larrambebere, 2019).
- **Cooperación internacional:** Dado el carácter transnacional de la gestación subrogada, México debe participar en la cooperación internacional para desarrollar estándares legales armonizados y prevenir la explotación de poblaciones vulnerables (Olavarría Patiño & Lestage, 2021) (van Wichelen, 2022).

CONCLUSIÓN.

Es notable que, en la práctica, se manifiestan en un contexto de vulnerabilidad y de infracciones de derechos humanos. En consecuencia, la gestación subrogada suscita considerables inquietudes en relación con los derechos humanos, tanto para las mujeres embarazadas como para los infantes nacidos a través de este procedimiento.

En relación con las mujeres en estado de gestación, se manifiesta una preocupación primordial respecto a la explotación y la mercantilización de sus cuerpos. Las numerosas instancias, las mujeres que adoptan el rol de gestantes subrogadas provienen de comunidades en situación de vulnerabilidad o con una necesidad económica, lo que las impulsa a involucrarse en esta práctica, lo que suscita interrogantes éticos acerca de la autonomía y el consentimiento auténtico en un entorno donde las disparidades económicas entre las partes implicadas se manifiestan.

Adicionalmente, el procedimiento de gestación subrogada en tales situaciones incide en la salud física y psicológica de las mujeres embarazadas, quienes frecuentemente se ven expuestas a riesgos médicos y emocionales significativos. La ausencia de regulaciones apropiadas puede exponerlas a prácticas coercitivas y a condiciones de seguridad insuficientes, de acuerdo con los informes de los relatores de la Organización de las Naciones Unidas.

En el contexto de los infantes nacidos mediante gestación subrogada, pueden encontrarse con retos vinculados a su identidad y derechos. Los seres humanos pueden ser considerados más como productos de un contrato comercial que como entidades con derechos intrínsecos. Las interrogantes acerca de quién posee el derecho a ser reconocido como progenitor legal y las consecuencias en situaciones de conflictos jurídicos también constituyen temas de importancia crítica.

Estas repercusiones enfatizan la imperiosa necesidad de regulaciones éticas y jurídicas precisas que salvaguarden los derechos de todos los participantes en los procesos de gestación subrogada, particularmente los de las mujeres y los infantes nacidos bajo esta modalidad. Estas regulaciones deben adoptar una perspectiva humanista con enfoque de género y no mercantil, considerando el contexto en el que se lleva a cabo la práctica de la gestación por subrogación en naciones en desarrollo.

LITERATURA CITADA.

Arizona Revised Statutes, Title 25 - Marital and Domestic Relations, Article 2, 25-218
<https://www.azleg.gov/ars/25/00218.htm>

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos [Artículo 1]. <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/index.html>

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos [Artículo 13]. <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/index.html>

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1989). Convención sobre los Derechos del Niño [Art. 3, párr. 1]. <https://www.ohchr.org/es/professionalinterest/pages/crc.aspx>

Ayeleke RO, Asseler JD, Cohlen BJ, Veltman-Verhulst SM. Intra-uterine insemination for unexplained subfertility. *Cochrane Database Syst Rev*. 2020

Barbara Stark, *Transnational Surrogacy and International Human Rights Law*, 18 ILSA J. Int'l & Comp. L. 369 (2011-2012) https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/faculty_scholarship/630

Bogino Larrambebere, M. (2019). Desafíos emocionales e incertidumbres legales del parentesco por elección: una etnografía multisituada de María Eugenia Olavarría en México. 24(2), 252–270. <https://doi.org/10.5565/REV/PERIFERIA.714>

Bortoletto P, Bakkensen J, Anchan RM. Embryo transfer: timing and techniques. *Minerva Endocrinol.* 2018.

Brazier, Margaret, et al., *Surrogacy: Review for Health Ministers of current arrangements for payments and regulation*, Londres, Department of Health, and social care, 1998. p.75.

Comisión Nacional de los Derechos Humanos. (2023). Pronunciamiento 2023/023 [PDF]. https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/202305/PRONUNCIAMIENTO_2023_023.pdf

Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (CNRHA) (2015). Aspectos legales y éticos de la donación. En: *Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones*. Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social de España.

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. (2012). A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements. <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>

Congreso de la Unión. (2019). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [Art. 1]. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_240119.pdf

Congreso de la Unión. (2019). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [Art. 11]. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_240119.pdf

Congreso del Estado de Tabasco. (2024). Código Civil del Estado de Tabasco. Art.90

Congreso del Estado de Tabasco. (2024). Código Civil del Estado de Tabasco. Art.380 bis

Consolidated Acts, Assisted Human Reproduction Act (S.C. 2004, c. 2) Art. <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/A-13.4/page-1.html#h-6052>

FORMAN, D. L. (2015). Abortion Clauses in Surrogacy Contracts: Insights from a Case Study. *Family Law Quarterly*, 49(1), 29–53. <http://www.jstor.org/stable/24577601>

GIRE, *Gestación subrogada en México. Resultados de una mala Regulación*, México, Grupo de Información en Reproducción Elegida, A.C., 2017. p.9

Global Human Rights Clinic, "Human Rights Implications of Global surrogacy" University of Chicago Law School, 10, Estados Unidos, 2019. <https://chicagounbound.uchicago.edu/ihrcl/10>

González Cobos, C. P., & Cobos Campos, A. P. (2023). La controversial maternidad subrogada en México. 2, 1–15. <https://doi.org/10.20983/anuariocij.2023.06>

González Moreno, J. M. (2019). Las estrategias para legalizar la “gestación por sustitución”. Un análisis desde la autonomía (reproductiva) de las | Strategies to legalize “substitute gestation”. An analysis from womens? (reproductive) autonomy. 40, 108–127. <https://doi.org/10.7203/CEFD.40.13872>

González Parada, A. (2020). *Derechos fundamentales y subrogación materna en México: la regulación en Tabasco, Sinaloa y Ciudad de México*. 7, 167–187. <https://doi.org/10.20983/REIJ.2020.2.8>

Government of India. (2019). *The Surrogacy (Regulation) Bill, 2019*. Ministry of Law and Justice. <https://www.prsindia.org/billtrack/surrogacy-regulation-bill-2019>

Hernández, A., (2014) “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación en España?, Cuadernos de derecho transnacional, número 6 volumen 2.

Islas Colín, Alfredo, “Derecho a la Dignidad”, *Perfiles de las Ciencias Sociales*, México, año 1, Vol. 1, núm. 1 julio-diciembre de 2013, pp.125-228

Islas Colín, Alfredo, *Derechos Humanos: Una visión en el contexto universal* (2021) Editorial Tiran lo Blanch, p.236.

Jefatura del Estado de España. (2006). *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*. Boletín Oficial del Estado. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>

Katarina Trimmings y Paul Beaumont, eds., *International Surrogacy Arrangements* (2013), págs. 439, 441 y 442.

Lamm, Eleonora, *Gestación por sustitución: Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013. p. 26

Leyes de Gestación Subrogada en los Estados Unidos, Medical Tourism Magazine, 2024.<https://www.insights.medicaltourism.com/article/leyes-de-gestacion-subrogada-en-los-estados-unidos>

Markens, S. *Surrogate Motherhood and the Politics of Reproduction*. University of California Press. 2007

Montes Guevara, German E. (2004). *Bioética y Técnicas de Reproducción Asistida*. *Revistas de Ciencias Administrativas y Financieras de la Seguridad Social*, 12(1), 71-78. Retrieved March 25, 2025, from http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S140912592004000100008&lng=en&tlng=es.

Naciones Unidas. (2018). *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 (A/HRC/37/60)*. Consejo de Derechos Humanos.

Naciones Unidas. (2019). *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 (A/74/162)*. Asamblea General. <https://undocs.org/sp/A/74/162>

Olavarria Patiño, M. E., & Lestage, F. (2021). *Le Mexique et la Gestation Pour Autrui : De l'influence de la culture et de la politique locale dans le marché global / Mexico and Surrogacy : The influence of local culture and politics on the global market*. *Trace*, 79, 9–36. <https://doi.org/10.22134/TRACE.79.2021.686>

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

Ramos Velastegui, Alexander Javier., Guato Canchinia, Diego Eduardo, *In vitro Fertilization, 2023, Beauchamp, T. L., & Childress, J. F. (2019). Principles of biomedical ethics (8th ed.). Oxford University Press.*

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española, entrada Subrogar, España, 23.^a ed, <https://www.rae.es/drae2001/subrogar>*

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española, entrada altruismo, España 23.^a ed., [versión 23.8 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [25 de junio 2024].*

Santamaria Solís, Luis, *Técnicas de Reproducción Asistida, Aspectos Bioéticos. Cuadernos de Bioética 2000.*

Secretaría de Gobernación. *Registro Nacional de Población (2020). Derecho a la identidad: La puerta de acceso a tus derechos. Gobierno de México. <https://www.gob.mx/segob/7Crenapo/acciones-y-programas/derecho-a-laidentidad-la-puerta-de-acceso-a-tus-derechos>*

Smerdon, U.R., *Crossing bodies, crossing Borders: international surrogacy between the United States and India. Cumberland Law Review 39, 2008.*

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2021, 3 de junio). *Sesión pública ordinaria del Pleno, celebrada a distancia [Transcripción]. <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versionestaquigraficas/documento/2022-0118/3%20de%20junio%20de%202021%20%20Versi%C3%B3n%20definitiva.pdf>*

Unión Europea. (2016). *Informe anual sobre derechos humanos y democracia en el mundo en 2015. Servicio Europeo de Acción Exterior. <https://www.eeas.europa.eu>*

van Wichelen, S. (2022). *Law as Anti-Kinship: The Colonial Present in Global Surrogacy. 8(1). <https://doi.org/10.28968/cfft.v8i1.35072>*

Zaldívar Marrón, S. (2022). *Análisis teórico jurídico de las técnicas de reproducción asistida. Revista Latinoamericana de Bioética, 22(2), 149–163. <https://doi.org/10.18359/rlbi.5940>*