

CAPÍTULO SEGUNDO

EL DEBATE DE DERECHOS HUMANOS EN EL ABORDAJE DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Ximena María MEDELLÍN URQUIAGA

SUMARIO: I. Introducción. II. Consideraciones preliminares. III. Los actores, sus derechos y las obligaciones estatales. IV. Selección de decisiones judiciales comparadas e internacionales. V. Derechos humanos y gestación por sustitución en la doctrina judicial mexicana. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El debate actual sobre la gestación por sustitución ha detonado importantes preguntas sociales, éticas y jurídicas que deben ser abordadas desde una pluralidad de perspectivas. Una de ellas es, indiscutiblemente, la protección de los derechos humanos de las personas involucradas en esta práctica, cada vez más utilizada, pero no por eso menos controvertida.

En este capítulo se explorarán algunas de las dimensiones más relevantes sobre el ejercicio de los derechos humanos en el contexto de la gestación por sustitución. De manera más precisa, se pretende destacar la importancia que reviste el análisis de la lógica jurídico-política que sustenta o justifica los grados de intervención estatal en el ejercicio de los derechos o libertades de las personas vinculadas con un proceso de gestación por sustitución. Este trabajo parte de la premisa que, más allá de los problemas que conlleva la actual disparidad normativa en el tema, es difícil tratar de plantear un diálogo constructivo con miras a la creación de un marco normativo internacional común, sin entender o reconocer que dicha discrepancia puede originarse también en una concepción diferenciada sobre las necesidades de tutela de derechos humanos.

Desde una perspectiva metodológica, el análisis propuesto retoma algunos de los criterios transversales sobre argumentación en derechos humanos,

para examinarlos a la luz de los debates jurídicos que rodean la gestación por sustitución. De manera adicional, se examinan algunas decisiones judiciales nacionales e internacionales relevantes, que pueden aportar mayor claridad al examen de los sustentos jurídico-políticos de tutela de derechos que pretenden justificar las distintas formas o grados de intervención estatal en el ejercicio de los mismos.

El presente capítulo comienza planteando algunas consideraciones preliminares sobre el impacto práctico que tiene la argumentación de un problema jurídico desde la perspectiva de derechos humanos, con particular énfasis en la vinculación con los modelos jurídico-políticos fundantes de una organización social o política. Posteriormente, se retoman algunos de los criterios básicos de la argumentación de derechos humanos, desde la perspectiva de los actores, sus derechos humanos y las obligaciones estatales, relevantes para el análisis de un caso específico en materia de gestación por sustitución. Luego, se examinan algunas de las decisiones adoptadas por tribunales nacionales o internacionales, en las que se destacan problemas jurídicos derivados de un proceso de gestación por sustitución, desde una perspectiva de derechos humanos. A continuación, se presenta un examen más detallado sobre la sentencia emitida por la SCJN mexicana en el Amparo en Revisión 553/2018. Finalmente, en la última sección se ofrecen algunas conclusiones generales.

II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La literatura especializada en materia de gestación por sustitución y su vinculación con los derechos humanos ha puesto particular atención en los problemas jurídicos que se generan cuando dichos procesos tienen lugar en contextos transnacionales complejos, agravados por la disparidad normativa que existe entre las jurisdicciones involucradas.¹ La lógica prohibitiva que impera en algunas legislaciones nacionales contrasta frontalmente con la permisivi-

¹ Véanse, por ejemplo, Trimmings, Katarina y Beaumont, Paul Reid, “Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights in the Area of Cross-Border Surrogacy: Is there Still a Need for Global Regulation of Surrogacy”, en Biagioni, G. e Ippolito, F. (eds.), *Migrant Children in the XXI Century: Selected Issues of Public and Private International Law*, Editoriale Scientifica, 2016, pp. 109-137; Tobin, John, “To Prohibit or Permit: What is the (Human) Rights Response to the Practice of International Commercial Surrogacy”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 63, núm. 2, 2014, pp. 317-352; Bromfield, Nicole y Smith Rotabi, Karen, “Global Surrogacy, Exploitation, Human Rights and International Private Law: A Pragmatic Stance and Policy Recommendations”, *Global Social Welfare*, vol. 1, núm. 3, 2014, pp. 123-135.

dad que caracteriza a otros Estados, lo que naturalmente deriva en constantes conflictos regulatorios que impactan de forma directa en la tutela de los derechos, particularmente aquellos de los niños nacidos a través de un proceso de gestación por sustitución. Sin duda, estos escenarios conllevan una importante interacción entre los regímenes constitucionales y convencionales de derechos humanos y el derecho internacional privado, que debe continuar siendo materia de análisis.

No obstante lo anterior, es necesario también reconocer que las implicaciones sociales y humanas de la gestación por sustitución exceden, por mucho, los escenarios de conflictos generados por la disparidad normativa entre Estados. En este sentido, es oportuno comenzar con algunas consideraciones previas, que sirvan para navegar de mejor forma en el complejo entramado convencional o constitucional de protección a las personas.

En términos generales, la argumentación en derechos humanos toma relevancia jurídica cuando en un caso específico se genera un conflicto práctico, dada la divergencia de intereses entre particulares, la oposición de éstos frente a una decisión estatal que afecta sus libertades o derechos, o la insuficiencia normativa para asegurar el pleno y libre ejercicio de los derechos. En estos escenarios, la referencia a los derechos humanos de alguna de las partes en el conflicto tiene como efecto directo elevar el problema a un debate constitucional o convencional, el cual involucra tanto las decisiones jurídicas básicas como el modelo político fundante adoptado por cada sociedad. En otras palabras, es difícil, por no decir imposible, argumentar un derecho humano en un caso contencioso sin hacer referencia, explícita o implícitamente, a una visión más amplia sobre el sustento jurídico-político de las relaciones entre los particulares y el poder público. Dicho sustento será, a su vez, el parámetro normativo que sirva para determinar la corrección de una conducta o intervención estatal específica en el ejercicio de los derechos o libertades individuales.

Si bien este debate puede parecer meramente teórico, el mismo tiene implicaciones prácticas claras para el análisis de la protección de los derechos humanos en el contexto de la gestación por sustitución. Así, por ejemplo, un modelo político sustentado en una visión marcadamente liberal del ejercicio de los derechos debería resultar en un contexto más permisivo, con amplios márgenes de deferencia a la autonomía individual de las partes involucradas en el proceso de gestación por sustitución. En contraste con lo anterior, a un modelo político liberal igualitario, liberal perfeccionista o conservador, respectivamente, deberían corresponderles mayores restricciones a las libertades individuales, con el fin de salvaguardar los derechos de terceras perso-

nas, el ideal de desarrollo humano o los principios morales básicos para el modelo, según corresponda.²

Estas consideraciones llevan a reconocer que el análisis de la gestación por sustitución desde la perspectiva de derechos humanos requiere no sólo identificar los derechos que pueden estar en juego, sino también reflexionar sobre el alcance permisible de la intervención estatal frente a la actuación de los particulares, en consonancia con las obligaciones generales en materia de derechos humanos. La forma de concebir o entender el alcance de dichas obligaciones estará determinada, en gran medida, por los objetivos políticos que se plantean en cada sistema. En otras palabras, la propia lógica estatal (o, en el mejor de los casos, social) dota de contenido a las obligaciones, que sirven, a su vez, como referentes para el análisis de la justificación de las decisiones públicas que afectan, potencian o limitan el ejercicio de los derechos de las partes en un proceso de gestación por sustitución.

Dada la ausencia de un marco jurídico internacional específico en esta materia, todas estas decisiones se generan en un amplio margen de discrecionalidad a favor de los Estados para la regulación territorial o extraterritorial de los problemas jurídicos que involucren derechos fundamentales. La actuación legislativa, regulatoria o judicial no puede, sin embargo, plantearse en contradicción a los principios básicos de protección a los derechos. En otras palabras, la discrecionalidad estatal no debe convertirse en una actuación arbitraria,³ que afecte, interfiera o restrinja injustificada o desproporcionadamente el ejercicio de los derechos de las personas.

Para estos fines, el marco internacional de los derechos humanos u otras ramas afines de protección a la persona pueden servir como el referente inicial —que no por eso exhaustivo, absoluto o perfecto— de las controversias que se generan, en particular por las discrepancias normativas entre la multiplicidad de las regulaciones o interpretaciones emitidas por entes estatales.

² Para una discusión más detallada sobre el tema, véase, por ejemplo, Hevia, Martín, “Liberalismo y gestación por sustitución”, en Cerdio, Jorge *et al.* (coords.), *Entre la libertad y la igualdad. Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, t. I, pp. 301-312.

³ En la doctrina internacional especializada en materia de derechos humanos, el concepto “arbitrariedad” se diferencia claramente de la actuación discrecional o ilegal de los actores estatales o particulares. El Comité de Derechos Humanos ha señalado que “la expresión «injerencias arbitrarias» puede hacerse extensiva también a las injerencias previstas en la ley. Con la introducción del concepto de arbitrariedad se pretende garantizar que incluso cualquier injerencia prevista en la ley esté en consonancia con las disposiciones, los propósitos y los objetivos del Pacto y sea, en todo caso, razonable en las circunstancias particulares del caso”. Véase Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 16. Derecho a la intimidad (artículo 17)*, 28 de septiembre de 1998, párr. 4, disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCCPR%2fGEC%2f6624&Lang=en.

III. LOS ACTORES, SUS DERECHOS Y LAS OBLIGACIONES ESTATALES

En una aproximación inicial a los conflictos jurídicos que puede plantear un caso de gestación por sustitución desde la perspectiva de derechos humanos, es importante contar con un mapeo preliminar de los actores relevantes. Ellos son, como mínimo, los siguientes: *i*) los padres intencionales —sean una pareja heterosexual, del mismo sexo o una persona soltera—; *ii*) la mujer gestante —quien puede o no haber aportado su propio material genético—; *iii*) el niño producto de la gestación, y, en su caso, *iv*) el personal médico involucrado en el procedimiento. Si bien la discusión académica, jurídica o legislativa ha puesto poca atención en este último grupo, el personal médico que brinda los servicios técnicos necesarios para lograr la concepción del embrión puede tener tanto derechos como obligaciones que resulten relevantes en un análisis de los conflictos jurídicos desde la perspectiva de derechos humanos. De manera adicional, existen otros actores que tangencialmente pueden resultar afectados por las decisiones particulares o públicas que se tomen en torno a la gestación por sustitución. Por ejemplo, en distintas jurisdicciones se ha destacado la importancia de contar con la anuencia del cónyuge de la mujer gestante, con el fin de dotar de mayor seguridad jurídica a las relaciones filiales que se generan a partir de una gestación por sustitución.

En conjunto con la identificación de los actores relevantes, es también importante reconocer que, como todo proceso reproductivo, la gestación por sustitución implica un continuo dinámico de relaciones variadas entre una multiplicidad de sujetos, en distintos momentos. En consecuencia, el análisis de los derechos relevantes al inicio del proceso —por ejemplo, cuando se toma la decisión de procrear a través de la gestación por sustitución o cuando se procura obtener el consentimiento de la mujer gestante— involucra temas sustancialmente distintos, aunque posiblemente relacionados, a los problemas que pueden generarse posteriormente con el reconocimiento jurídico de la relación filial entre los padres intencionales y el niño gestado a través de esta práctica.

1. *Los derechos humanos y su argumentación*

Con estas premisas iniciales, distintos tribunales nacionales o internacionales han identificado como posibles derechos relevantes en un procedimiento de gestación por sustitución a los siguientes: *i*) el derecho a la identidad de los menores, ya sea como un derecho autónomo o como parte del contenido

normativo del derecho a la vida privada; *ii*) el derecho a la familia de los padres intencionales; *iii*) el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer gestante, y *iv*) el derecho a la protección de los datos personales de todas las personas involucradas en el procedimiento, ya sea como un derecho autónomo o como parte del contenido normativo del derecho a la vida privada. De manera claramente destacable, las cortes nacionales e internacionales han utilizado el principio del interés superior del menor como un criterio transversal que debe sustentar sus consideraciones y resolutivos en toda sentencia sobre la materia.⁴

Una línea paralela de litigio, con especial relevancia en distintos tribunales nacionales, se ha centrado en la exigencia del derecho a la no discriminación, particularmente en relación con una visión amplia del derecho a la familia. Como se analizará a mayor detalle en secciones posteriores, este tipo de asuntos ha servido para asegurar la relación filial en casos en que los padres intencionales sean una pareja del mismo sexo o para equiparar los derechos de la madre de intención a los de la madre biológica o adoptiva, por lo que toca, por ejemplo, a las licencias de maternidad.

En todo caso, parece claro que, por sí mismo, un enlistado limitado de derechos resulta de poca utilidad para abordar las preguntas propuestas. Tal como se señaló desde el inicio, la argumentación eminentemente casuística en materia de derechos humanos resalta la necesidad de considerar los hechos relevantes determinados por las cortes o tribunales, al establecer la posible violación o afectación a los derechos específicos. De igual manera, se debe tener en cuenta que las distintas autoridades nacionales pueden dotar de contenido diverso a derechos enunciados en los mismos términos. Es decir, en tanto que en algunas jurisdicciones se puede reconocer que el contenido normativo del derecho a la familia incorpora, por ejemplo, el reconocimiento de la libertad reproductiva de las personas, para otros órganos nacionales o internacionales el derecho a la familia podría implicar el reconocimiento de las relaciones filiales basadas en los vínculos genéticos, biológicos o afectivos entre distintas personas, sin necesariamente abarcar el derecho a la reproducción. Esta dimensión puede corresponder, en este ejemplo, al contenido de un derecho reproductivo autónomo y normativamente diferenciable del derecho a la familia.

⁴ Véanse, por ejemplo, *Farnell & Anor and Chanbua* [2016] FCWA 17 (Australia), disponible en: <http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/wa/FCWA/2016/17.html?stem=0&synonyms=0&query=farnell&nocontext=1>; Corte Constitucional, Sentencia T-968/09, 18 de diciembre de 2009, magistrada ponente: María Victoria Calle Correa (Colombia), disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm>.

El reconocimiento de una diversidad de derechos autónomos no implica, sin embargo, que los mismos no sean argumentativamente importantes para un caso en concreto. Por el contrario, atendiendo al principio de interdependencia de los derechos humanos,⁵ la reivindicación conjunta de los distintos derechos relevantes en un contexto específico enfatizará el vínculo entre los hechos concretos y las pretensiones de las partes, además de dotar de mayor fuerza argumentativa a sus posiciones.

Así, por ejemplo, tanto los padres intencionales como la mujer gestante podrían alegar que una regulación estatal interfiere desproporcionadamente con su libertad reproductiva, al tiempo que sostengan también la violación a los derechos a la familia, la vida privada o la libertad personal. En este supuesto, el derecho a la libertad reproductiva de los padres intencionales, por un lado, y el de la mujer gestante, por el otro, toman dimensiones claramente distintas gracias a su interdependencia con otros derechos. En tanto que para los padres intencionales su libertad reproductiva debe estar necesariamente vinculada (es decir, tiene una relación de interdependencia) con el derecho a formar una familia, para la mujer gestante, en cambio, la relación de sus derechos reproductivos con el derecho a la libertad personal enfatizaría su autonomía o agencia frente a una regulación estatal que tenga como objeto o efecto limitar la posibilidad de participar en un acuerdo de gestación por sustitución. Si a esta misma relación de derechos se le suma, por ejemplo, la libertad de profesión u oficio, se podría construir una base normativa más sólida para cuestionar la constitucionalidad o convencionalidad de una regulación que prohíba el pago a favor de la mujer gestante por los servicios reproductivos prestados. Lo mismo es aplicable, por ejemplo, a los casos que involucren decisiones estatales directa o indirectamente discriminatorias, que menoscaben o interfieran con el ejercicio del derecho a la familia, a la integridad personal o a la salud reproductiva.

Los supuestos arriba planteados son meros ejemplos que destacan la importancia práctica del principio de interdependencia para el análisis de los conflictos jurídicos derivados de la gestación por sustitución desde la pers-

⁵ El principio de interdependencia de los derechos humanos destaca “la medida en que el disfrute de un derecho en particular o un grupo de derechos dependen para su existencia de la realización de otro derecho o de un grupo de derechos. Por ejemplo, el derecho a la salud tiene aparejadas claras relaciones con el derecho a la alimentación y a la vivienda digna, así como al trabajo en condiciones adecuadas”. Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011, pp. 152 y 153. Véase, además, Donnelly, Jack, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, 3a. ed., Ithaca, Cornell University Press, 2013.

pectiva de derechos humanos. Dichos escenarios hipotéticos no se derivan de ninguna decisión judicial específica ni pretenden zanjar de tajo discusiones normativas evidentemente más complejas. Sin embargo, es importante destacar que esta aproximación a la argumentación en derechos humanos, con un énfasis claro en la interdependencia de los derechos, ha sido utilizada en la práctica por órganos como la CoIDH. Si bien esta corte no se ha pronunciado en un caso concreto de gestación por sustitución, su argumentación en los casos *Artavia y otros*⁶ y *Gómez Murillo y otros*,⁷ ambos contra Costa Rica, resulta de la mayor relevancia para futuros casos que puedan plantear un conflicto jurídico entre intereses o derechos particulares y la regulación estatal relacionados con el acceso a distintas TRHA, incluida la gestación por sustitución. De manera particularmente relevante para la materia de este estudio, la CoIDH ha reconocido la interdependencia de los derechos a la familia, a la vida privada o a la integridad personal con el derecho a beneficiarse del progreso científico y tecnológico.⁸

De manera adicional al principio de interdependencia, la argumentación de derechos humanos debe caracterizarse también por la interpretación expansiva y evolutiva de su contenido normativo.⁹ Tal como lo destacó la misma CoIDH en el caso *Artavia y otros vs. Costa Rica*, la CADH¹⁰ —al igual que muchos otros tratados internacionales de protección a los derechos humanos— fue concluida antes de que existieran las actuales TRHA. Por lo tanto, era imposible que sus creadores hubieran anticipado la forma de entender los derechos reconocidos en dicha convención frente a los actuales escenarios reproductivos; esta tarea quedó a cargo de los órganos de aplicación subsiguiente del tratado internacional.

⁶ CoIDH, *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2012, Serie C No. 257, párrs. 141-151, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf.

⁷ CoIDH, *Caso Gómez Murillo y otros vs. Costa Rica*. Sentencia del 29 de noviembre de 2016, Serie C No. 326, párrs. 28 y 45, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_326_esp.pdf.

⁸ Véanse, por ejemplo, el artículo 27 de la DUDH, el artículo XIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el artículo 15.b del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como el artículo 14.1.b del Protocolo de San Salvador Adicional a la CADH. También véase CoIDH, *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica...*, *cit.*, párr. 150.

⁹ Sobre el principio de interpretación evolutiva de los tratados internacionales en derechos humanos, véase, por ejemplo, Rainey, Bernadette *et al.*, *The European Convention on Human Rights*, 7a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 64-84.

¹⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969, disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_america_na_sobre_derechos_humanos.htm.

Es indudable que la tecnología vinculada con la reproducción humana continuará desarrollándose de manera vertiginosa en el futuro. Frente a esta realidad, se requiere contar con herramientas jurídicas claras, con el fin de responder a los problemas inéditos que sean planteados ante órganos jurisdiccionales. Los principios de interpretación específicos en materia de derechos humanos parecen ser una respuesta a esta encrucijada.

El contenido normativo de los derechos humanos debe también vincularse con los cambios o transformaciones sociales que caracterizan a todas las sociedades. En este sentido, la interpretación expansiva y evolutiva de los derechos ha sido fundamental para dotar de protección, por ejemplo, a un modelo amplio de familia que no coincide con un paradigma tradicional.¹¹

En síntesis, desde la argumentación constitucional o convencional de derechos humanos resulta claro que la identificación de los derechos relevantes es sólo el punto de partida. La manera en que los órganos nacionales o internacionales doten de contenido a los derechos, a través de los criterios de interpretación aplicables, tendrá un impacto sustantivo en la forma de entender los hechos relevantes y de solventar el conflicto planteado por las partes.

2. *Las obligaciones en derechos humanos y la intervención estatal*

De manera paralela, es necesario analizar también la forma en que cada Estado dota de eficacia a las obligaciones en materia de derechos humanos, asumidas en virtud de los tratados internacionales relevantes. Sin entrar al complejo debate sobre la terminología internacional en materia de obligaciones estatales,¹² es plausible al menos reconocer los deberes básicos de respetar y garantizar el libre ejercicio de los derechos, a los cuales se les puede añadir la obligación de protección frente a conductas de terceros.

La manera de concebir estas obligaciones dentro de ciertos modelos jurídico-políticos determinará sustancialmente el grado y la forma de interven-

¹¹ Véase, por ejemplo, SCJN, Amparo en Revisión 152/2013, 23 de abril de 2014, mayoría de cuatro votos, ministro ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, secretarios: Karla I. Quintana Osuna y David García Sarubbi. También véanse CoIDH, *Caso Duque vs. Colombia*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de febrero de 2016, Serie C No. 310, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf; CoIDH, *Caso Atala Ríffo y niñas vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C No. 239, disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf.

¹² Para una referencia más integral sobre la terminología utilizada por distintos órganos internacionales para referirse a las obligaciones estatales en derechos humanos, véase Salazar, Pedro *et al.*, *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, México, Senado de la República, Instituto Belisario Domínguez, 2014, pp. 111-131.

ción estatal permisible en el ejercicio de los derechos de las personas, en el contexto de la gestación por sustitución. Como se apuntó desde el inicio, a una perspectiva política marcadamente liberal le debería corresponder una intervención estatal minimalista, que tenga por objeto primordial salvaguardar aspectos esenciales del orden público.¹³ Consecuentemente, el análisis del cumplimiento de la obligación de respeto, que implica la abstención de interferir ilegal o arbitrariamente en el ejercicio de las libertades individuales, se debería basar en una fuerte presunción a favor de la autonomía, la libertad de decisión y la configuración de los particulares directamente involucrados en un proceso de gestación por sustitución y, en correspondencia, en una interpretación restrictiva de la noción de orden público que pueda justificar una intervención estatal contraria al ejercicio de las libertades individuales.

En este modelo, las partes —es decir, los padres intencionales y la mujer gestante— gozarían de un amplio margen de configuración para acordar la forma, los medios o las condiciones a los que se sujetaría el proceso de gestación por sustitución, incluyendo temas como la posible compensación económica a favor de la mujer gestante, la identidad sexual de los padres intencionales o cualquier elemento de extranjería relevante para el caso.

En una aparente coincidencia con esta postura, algunas cortes nacionales han concebido a los problemas jurídicos relacionados con la gestación por sustitución como un tema que se refiere fundamentalmente al cumplimiento de obligaciones contractuales privadas. La intervención de las cortes nacionales se detona únicamente por el conflicto de intereses privados contractuales alrededor de un caso específico, en contraste con otro tipo de controversias centradas en la opción de una regulación estatal previa, que limite la libertad de acción de las personas.

Esta posición no parecería satisfacer, sin embargo, los problemas aparejados con la protección de los derechos del niño producto de la gestación por sustitución, al no ser parte activa (sobra decir) en el diseño del marco contractual que regirá la relación entre las partes. En todo caso, los derechos del niño parecen constituir uno de los límites claros, justificados desde una noción amplia del orden público, que no puede quedar a discrecionalidad o disponibilidad de las partes contratantes.

En el otro extremo del debate, una interpretación de las obligaciones estatales fuertemente enfocada en el deber de protección de los derechos de terceras personas —incluso fuera de su jurisdicción— podría derivar en un alto grado de intervención en las libertades individuales, hasta el grado de afirmar una prohibición absoluta de la gestación por sustitución. Ésta parece

¹³ *In re Baby M*, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396 (N.J. 1988) (Estados Unidos de América).

ser la posición que sustenta o subyace en la legislación de distintos países, tales como Francia o Italia.¹⁴ Según se ha documentado en estudios o informes técnicos sobre el tema, frente a la prohibición local, las personas nacionales de estos países deciden trasladarse a otras jurisdicciones con marcos regulatorios más permisivos o incluso inexistentes, en las cuales pueden acceder de forma libre a la gestación por sustitución.¹⁵ Los conflictos se generan al retorno de los padres intencionales con el niño gestado a través de esta práctica, cuando las autoridades nacionales se rehúsan a reconocer una relación filial generada en contradicción con su propia legislación.

Los efectos de esta aproximación protectora-prohibicionista han sido objeto de distintos litigios ante el TEDH.¹⁶ Como se detallará más adelante, las resoluciones de dicho órgano parecen resultar insuficientes o inadecuadas para abordar la compleja realidad humana generada por la intervención estatal prohibicionista con impactos extraterritoriales. Los criterios regionales pueden, incluso, tener efectos desproporcionados o discriminatorios cuando se aplican en otros casos *sub judice*.

En una visión matizada de la intervención protectora, se podría pensar también en un modelo que, antes de establecer una prohibición absoluta, opte por regular aspectos críticos del acuerdo en específico o del proceso en su conjunto. En esta línea se ubicarían, por ejemplo, aquellos países que han optado por limitar las formas comerciales (contratos onerosos) de gestación por sustitución.¹⁷ Lo anterior, con el fin de limitar los riesgos aparejados con la generación de un “mercado reproductivo” en contextos de amplias disparidades sociales. Igualmente, otros aspectos que podrían ser sujetos a regulación, aunque su justificación sería más dudosa desde la perspectiva de derechos humanos, son: *i*) la participación de personas extranjeras en los procesos; *ii*) los requisitos socioeconómicos o, incluso, médicos que deban

¹⁴ Véase el capítulo octavo de la presente obra.

¹⁵ Véase el capítulo cuarto. Asimismo, véase HCCH, *A Study of Legal Parentage and the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*, Prel. Doc. No. 3C, marzo de 2014, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/bb90cfd2-a66a-4fe4-a05b-55f33b009cfc.pdf>. Desde la perspectiva académica, véanse, por ejemplo, Davis, Erica, “The Rise of Gestational Surrogacy and the Pressing Need for International Regulation”, *Minnesota Journal of International Law*, vol. 21, 2012, pp. 120-144; Albornoz, María Mercedes, “Gestación por sustitución transfronteriza”, en Comité Jurídico Interamericano, *Curso de Derecho Internacional XLIII 2016, Río de Janeiro, Brasil, del 3 al 21 de octubre de 2016*, Washington D. C., Organización de los Estados Americanos, Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, 2016, pp. 13-35, disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XLIII_curso_derecho_internacional_2016_Publicacion_Completa.pdf.

¹⁶ Véase el capítulo décimo de esta obra.

¹⁷ Véase el capítulo séptimo de esta obra.

satisfacer los padres intencionales o las mujeres gestantes; *iii*) las condiciones técnicas o de infraestructura que deben cumplir las personas o instituciones encargadas de realizar los procedimientos médicos necesarios para la gestación por sustitución; *iv*) la posible participación de terceras personas o instituciones que intervengan como coordinadores o intermediarios en la relación entre los padres intencionales y la mujer gestante, entre otros.

Si bien el modelo de intervención protectora-reguladora puede ser menos invasivo que un esquema completamente prohibicionista, es también difícil pensar que la mera existencia de una legislación que restrinja ciertos supuestos sería suficiente para asegurar en la práctica los derechos de las personas socialmente vulnerables. Asimismo, es complicado concebir una regulación lo suficientemente exhaustiva como para que se contemplen los puntos más relevantes del proceso, sin tampoco caer en interferencias arbitrarias o normas discriminatorias que afecten o menoscaben el ejercicio de los derechos de ciertos grupos de personas.

En un tercer modelo, la intervención estatal puede tener por objeto primordial la garantía del libre ejercicio de los derechos de las personas involucradas en un proceso de gestación por sustitución. En contraste con la intervención protectora-reguladora, una intervención garantista implicaría no sólo la restricción de ciertos supuestos o condiciones para el acceso o uso de la técnica, sino que también debería establecer todo el diseño normativo, institucional y de política pública necesario para asegurar que cada persona pueda participar en estos acuerdos de manera libre e informada. Esta visión parecería más compatible con un modelo igualitario (liberal), en el cual el reconocimiento de las disparidades sociales que pueden afectar el libre ejercicio de los derechos sirva como base para diseñar las intervenciones estatales dirigidas y adecuadas que reviertan, atajen o mitiguen los riesgos, sin menoscabar el reconocimiento de la autonomía individual.

En esta línea de pensamiento destaca, por ejemplo, la creciente jurisprudencia de la CoIDH en materia de consentimiento libre e informado como una garantía específica para el ejercicio de los derechos a la libertad personal, la integridad personal y la salud (entendidos desde una relación de interdependencia).¹⁸ Si bien los casos relevantes en este tema no versan sobre temas de reproducción asistida, en general, o gestación por sustitución, en específico, parecería razonable proponer una extrapolación de los crite-

¹⁸ Véanse CoIDH, *Caso I.V. vs. Bolivia*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 30 de noviembre de 2016, Serie C No. 329, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf; CoIDH, *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 8 de marzo de 2018, Serie C No. 349, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf.

rios, con las adaptaciones requeridas, a nuevos escenarios que demandan una validación plena del ejercicio libre de la autonomía personal, particularmente de la mujer gestante.

De la misma forma, las intervenciones garantistas serían la vía para asegurar el acceso a las técnicas requeridas a personas con discapacidades reproductivas o en condiciones socioeconómicas más vulnerables (se trata no sólo de los padres intencionales, sino también de las mujeres gestantes). Con los beneficios que podría tener un modelo de intervención garantista, tampoco se pueden obviar las complejidades de diseño institucional o regulatorio que se requieren, así como el impacto económico que una política pública de este tipo podría tener. Un debate constante en el análisis de las obligaciones estatales es la necesidad de balancear entre las diversas demandas de satisfacción que existen en derechos humanos *vis-à-vis* la escasez de los recursos disponibles. En esta paradoja, intrínseca a la actuación estatal para la garantía de los derechos humanos, bien se podría alegar que destinar recursos públicos a los procesos de gestación por sustitución necesariamente afecta el acceso a otros servicios o bienes básicos o necesarios para grupos poblacionales más amplios. Ésta es, sin duda, una consideración que debe tomarse de manera seria y reflexiva, con arreglo a otros criterios propios de los derechos humanos, tales como el principio de progresividad.

En resumen, sin pretender agotar una discusión claramente más amplia, es importante considerar que la forma de concebir las obligaciones estatales de respeto, protección o garantía de los derechos humanos puede llevar al menos a tres tipos diferenciados de intervención estatal, en el contexto de la gestación por sustitución. En un extremo tenemos a una intervención prohibicionista, que limita fuertemente la autonomía de los padres intencionales bajo la justificación de la protección casi irrestricta de los derechos de terceras personas (en específico los de las mujeres gestantes o, incluso, los del niño que podría llegar a nacer a través de este proceso).¹⁹ Por otro lado, se podría pensar en una intervención protectora-reguladora, que restringe ciertos aspectos de la gestación por sustitución —particularmente en cuanto a la forma o modalidades de la contratación—, pero sin negar del todo

¹⁹ Sobre este punto, Martín Hevia correctamente destaca que “a pesar de que nuestras sociedades [occidentales], en general, tienen Constituciones que reflejan valores liberales, la intuición de muchas personas acerca de la maternidad por sustitución parte de la «tesis de la asimetría». Según esta posición, hay una asimetría entre los mercados de trabajo regulares y el del trabajo reproductivo: tratar al trabajo reproductivo de la mujer como tratamos a cualquier otro bien sujeto a leyes del mercado es incorrecto moralmente [nota omitida]”. Hevia, Martín, “Liberalismo y gestación por sustitución”, en Cerdio, Jorge *et al.* (coords.), *Entre la libertad y la igualdad. Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, t. I, pp. 303 y 304.

la autonomía de las personas. Por último, podría visualizarse una intervención garantista, en la cual el Estado esté directamente a cargo de asegurar las condiciones necesarias para el ejercicio libre de los derechos y libertades individuales de las personas, particularmente en contextos de desequilibrio socioeconómico. En este último modelo, la actuación estatal tomaría una forma prestacional, especialmente por lo que toca al acceso a los servicios médicos, científicos o técnicos requeridos, además de ser el principal garante para validar la existencia de un consentimiento libre e informado de todas las partes que participan en los acuerdos de gestación por sustitución.

IV. SELECCIÓN DE DECISIONES JUDICIALES COMPARADAS E INTERNACIONALES

Más allá de la discusión académica sobre el tema, el incremento paulatino de casos de gestación por sustitución ha resultado, de manera lógica, en un aumento de decisiones judiciales nacionales o internacionales relevantes para la protección de los derechos humanos en estos contextos. En esta sección se describen algunas decisiones que sirven para ejemplificar el estado de la cuestión en los debates nacionales o internacionales, con particular referencia a los modelos de protección de derechos o intervención estatal expuestos antes. La selección de decisiones judiciales que se presentan a continuación no tiene una aspiración de exhaustividad ni tampoco constituye una muestra representativa de las mayores tendencias argumentativas comparadas o internacionales.²⁰ El objetivo de esta sección es simplemente mostrar algunas decisiones judiciales concretas, en las que se pueda apreciar la relevancia práctica de los argumentos presentados hasta este punto.

Un primer aspecto que debemos destacar es que no todas las decisiones judiciales analizadas se originan en escenarios genuinamente contenciosos, ya sea entre particulares o entre éstos y autoridades estatales. En algunos casos, dichas resoluciones tienen como objeto primario dotar de efectos jurídicos una situación de hecho, en un escenario normativo todavía incierto. En esta línea se podrían identificar, por ejemplo, las decisiones adoptadas por cortes en la India, a través de las cuales se valida el consentimiento

²⁰ Independientemente de su innegable relevancia, en esta sección no se retoman las decisiones adoptadas por tribunales nacionales de distintos países, en relación con la prohibición de celebrar acuerdos de gestación por sustitución o la negativa de reconocimiento de la relación filial entre un niño y los padres intencionales, cuando dichos acuerdos se celebraron en terceros países. Para más información sobre este universo de sentencias, véase, por ejemplo, Álvarez González, Santiago, “Gestación por sustitución y orden público”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2017, pp. 166-200.

otorgado por el cónyuge de la mujer gestante al momento de la celebración del acuerdo respectivo y, de forma paralela, se declara formalmente revertida la presunción legal de paternidad que recae sobre aquél frente al hijo gestado por esta última.²¹ En un supuesto similar, destacan las resoluciones de tribunales británicos en materia de órdenes parentales, de conformidad con la Human Fertilisation and Embryology Act 2008. Por ejemplo, en el caso *J v. G*, el tribunal validó tanto la sujeción del acuerdo de gestación por sustitución a las restricciones previstas en la legislación aplicable (incluida la prohibición de acuerdos comerciales) como la existencia del consentimiento libre e informado entre las partes y las condiciones de vida de los niños nacidos a través de este procedimiento, en consonancia con el deber estatal de tutelar los derechos de la infancia.²²

En otros escenarios, claramente contenciosos, algunos tribunales nacionales han establecido la igualdad de derechos de la madre intencional frente a una madre biológica o adoptiva, por lo que corresponde a los derechos posteriores al nacimiento de su hijo. En particular, se ha afirmado, por ejemplo, el derecho de todas las madres a disfrutar de una licencia pagada de maternidad.²³ De la misma forma, se ha afirmado el derecho de las parejas del mismo sexo a registrar como hijo propio a un niño nacido a partir de un acuerdo de gestación por sustitución. La argumentación de estos casos también se sustenta en el principio-derecho a la no discriminación, incluso en ausencia de una legislación secundaria expresamente aplicable al caso.²⁴

La diversidad de escenarios que abarca la gestación por sustitución ha conducido, en otros momentos, a que se planteen controversias entre los padres intencionales y la mujer gestante quien, a su vez, aportó parte del material genético para la procreación. En la Sentencia T-968/09, la Corte Constitucional de Colombia concluyó que, dado el vacío legal en la materia, así como la relación genética entre la madre gestante²⁵ y los menores, no podía considerarse que éstos hubieran sido el resultado de un acuerdo

²¹ Véase, por ejemplo, *Normann Witzleb vs. Jyotshana Mandal & Anr* [2011] Delhi District Court, No. 143/2011 (India). Una disposición con efectos análogos a los de la sentencia antes referida se contempla en el artículo 360 del Código Civil para el Estado de Tabasco.

²² *J v. G* [2013] EWHC 1432 (Fam) (Reino Unido).

²³ Véanse, por ejemplo, *P. Geetha vs. The Kerala Livestock Development* [2014] Kerala High Court, WP(C). No. 20680 (India); *Dr. Mrs. Hema Vijay Menon vs. State of Maharashtra* [2015] Bombay High Court, WP. No. 3288 (India); *K. Kalaiselvi vs. Chennai Port Trust* [2013] Madras High Court, WP. No. 8188 (India).

²⁴ Sobre este punto, véase el análisis del Amparo Directo en Revisión 2766/2015, dictado por la Primera Sala de la SCJN, en la sección quinta de este mismo capítulo.

²⁵ Esta denominación es la empleada por la sentencia.

de gestación por sustitución.²⁶ Por lo tanto, el caso debía ser abordado como un problema de custodia entre dos padres, teniendo siempre como fundamento la protección del interés superior del menor.²⁷ En todo caso, la propia Corte Constitucional hizo un llamado expreso a la adopción inmediata de un marco jurídico adecuado, en el que se observaran los siguientes criterios:

- (i) que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir; (ii) que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita su vientre); (iii) que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas; (iv) que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.; (v) que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas; (vi) que se preserve la identidad de las partes; (vii) que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor; (viii) que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia; (ix) que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor; y (x) que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros.²⁸

Dadas sus características y efectos, parecería razonable considerar las decisiones descritas en los párrafos anteriores dentro del modelo de intervención garantista, según la clasificación planteada en la tercera sección de este capítulo. Es importante destacar, sin embargo, que no todas las resoluciones judiciales se insertan dentro de un marco jurídico, institucional o de políticas públicas integrales, que tenga como objetivo asegurar el libre ejercicio de los derechos de todas las personas. Por consiguiente, como se advirtió previamente, en muchos casos se trata aún de modelos de intervención garantista incompletos, en los que las cortes o tribunales nacionales se ven obligados a utilizar herramientas argumentativas propias de derechos humanos, dentro de marcos caracterizados por lagunas o vacíos jurídicos de consideración.

La posibilidad jurídica de acceder a mecanismos de protección judicial es, indiscutiblemente, una pieza importante para la operación de un aparato gubernamental centrado en la obligación de garantía de los derechos. Esto no excluye, sin embargo, el deber estatal de adoptar otras medidas legislativas o de otra índole, concretas y dirigidas, específicamente concebidas

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-968/09..., *cit.*

²⁷ *Idem.*

²⁸ *Idem.*

para la protección de los derechos dentro de los escenarios sociales, culturales o económicos respectivos.

De manera paralela, en el creciente universo de sentencias nacionales o internacionales relacionadas con los derechos de las personas vinculadas con un acuerdo de gestación por sustitución destacan, sin duda, las decisiones del TEDH en los casos *Mennesson c. Francia*,²⁹ *Labassée c. Francia*,³⁰ *D. y otros c. Bélgica*,³¹ así como *Paradiso y Campanelli c. Italia*.³² Estas resoluciones han sido materia de distintos trabajos académicos.³³ La finalidad de esta sección no es replicar el análisis propuesto por dichos trabajos, sino meramente contribuir a entender cómo estas sentencias se insertan en la construcción de los distintos modelos de intervención aquí propuestos.

La naturaleza casuística de la argumentación del TEDH implica que cada una de las decisiones mencionadas tiene particularidades fácticas y jurídicas de peso, que las distinguen unas de otras. No obstante lo anterior, estas decisiones comparten ciertas características comunes que vale la pena destacar. De inicio, en todas se analiza la posible violación de los derechos a la familia y la vida privada como resultado de las acciones estatales adoptadas en cumplimiento de la legislación nacional que prohíbe la celebración de acuerdos de gestación por sustitución. En los términos propuestos en este capítulo, este tipo de legislación correspondería a un modelo de intervención protectora-prohibicionista.

Con base en una argumentación escalonada, propia del análisis constitucional o convencional en materia de derechos humanos, el TEDH plantea cuatro preguntas esenciales, que deben ser abordadas de manera secuencial: *i*) ¿cuál es el derecho o derechos afectados, según los hechos relevantes en el caso?; *ii*) ¿cuál es el contenido normativo de dichos derechos?; *iii*) ¿existe una interferencia o restricción en el goce o ejercicio de los derechos derivada de la conducta estatal?, y *iv*) ¿dicha interferencia o restricción es legal, justificada y necesaria en una sociedad democrática? La respuesta a cada una de estas preguntas en los distintos casos implica un ejercicio de argumentación detallada que no se replicará en esta sección.

²⁹ TEDH, Sección 5a., *Mennesson c. Francia*, asunto 65192/11, 26 de junio de 2014, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145179>.

³⁰ TEDH, Sección 5a., *Labassée c. Francia*, asunto 65941/11, 26 de junio de 2014, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145180>.

³¹ TEDH, Sección 2a., *D. y otros c. Bélgica*, asunto 29176/13, 8 de julio de 2014, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-146420>.

³² TEDH, Sección 2a., *Paradiso y Campanelli c. Italia*, asunto 25358/12, 27 de enero de 2015, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-151056>; TEDH, Gran Sala, *Paradiso y Campanelli c. Italia*, asunto 25358/12, 24 de enero de 2017.

³³ Véase el capítulo décimo de este libro.

Para los fines aquí propuestos, basta con destacar que el TEDH explícitamente ha sostenido que la protección de los derechos de terceras personas (por ejemplo, la mujer gestante y, según el caso del que se trate, el niño) es una justificación convencionalmente válida, en la que se puede sostener una restricción a los derechos a la familia y a la vida privada. En otras palabras, el TEDH avala, al menos de inicio, la posibilidad de que los Estados desplieguen una intervención prohibicionista en aras del deber estatal de protección a los derechos de otras personas, incluso si las mismas no están sujetas a la jurisdicción del Estado demandado.

El problema toma otra dimensión, sin embargo, al confrontar los efectos de este tipo de intervención con el derecho del niño a la vida privada, particularmente por lo que corresponde a la identidad individual. En este extremo, el TEDH reconoce que, si bien la intervención estatal puede ser legal y justificada, no satisface el requisito de ser “necesaria en una sociedad democrática”. Lo anterior, al no lograr establecer un balance adecuado entre los intereses particulares (en específico los derechos del niño) y el interés estatal de protección a terceras personas.³⁴ En esta línea, es pertinente destacar especialmente la sentencia de la Gran Sala en el *caso Paradiso y Campanelli*, en virtud de la cual se afirmó que la protección del interés superior del niño debe prevalecer en estos escenarios, con independencia de si existe una relación genética con uno o ambos padres intencionales.³⁵ De esta forma, la Gran Sala matiza posiciones previamente adoptadas por otras secciones del TEDH, en las que se enfatizaba la relevancia del vínculo genético con al menos uno de los padres intencionales, al determinar la violación de los derechos a la familia o a la vida privada derivada de una intervención prohibicionista del Estado.

En resumen, sin pretender extraer todas las conclusiones posibles de las sentencias del TEDH, éstas sirven para destacar que, más allá de la viabilidad convencional de una intervención prohibicionista estatal, este modelo tiene efectos constantes —muchas veces imprevistos— en el ejercicio de distintos derechos humanos, los cuales conducen a escenarios altamente conflictivos o contenciosos. En esta medida, es importante considerar a las

³⁴ TEDH, *Memesson c. Francia*, *cit.*; TEDH, *Labassée c. Francia*, *cit.*; TEDH, Gran Sala, *Paradiso y Campanelli c. Italia*, *cit.*

³⁵ En palabras del TEDH, “[l]a referencia al orden público no puede construirse como una carta en blanco que permite cualquier medida, en tanto el Estado debe tener en consideración el interés superior del menor, con independencia de la relación parental, genética o de otro tipo. El Tribunal reitera que la separación de un menor de una estructura familiar es una medida extrema, que solo puede estar justificada en caso de un riesgo inminente para el menor”. TEDH, Gran Sala, *Paradiso y Campanelli c. Italia*, *cit.*

sentencias analizadas no sólo como precedentes judiciales relevantes para la construcción de una doctrina judicial cada vez más armónica o consistente, sino también como indicios que sirven para develar los problemas, retos o fortalezas que pueden implicar los distintos modelos jurídico-políticos en los que se plantea el ejercicio de los derechos humanos vinculados con la gestación por sustitución.

V. DERECHOS HUMANOS Y GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN LA DOCTRINA JUDICIAL MEXICANA

Dentro de este mosaico de decisiones internacionales y comparadas, el 21 de noviembre de 2018 la SCJN de México resolvió el primer caso relacionado con la protección de los derechos humanos en un procedimiento de gestación por sustitución. En términos generales, el problema jurídico se derivaba de la negativa de la autoridad local a reconocer la relación filial entre una pareja del mismo sexo y un niño nacido a través de esta TRHA.

En consonancia con sus propios precedentes, la SCJN enfatizó que el elemento determinante para el reconocimiento de la relación de filiación es la “voluntad procreacional” de los padres intencionales. En términos textuales, ha definido este concepto como “el deseo de asumir a un hijo como propio[,] aunque biológicamente no lo sea, y con esto, todas las responsabilidades derivadas de la filiación”.³⁶ Con esta postura, la SCJN mexicana se aleja sustantivamente de otras cortes, particularmente del TEDH, al centrar su análisis en el elemento subjetivo de la filiación —es decir, la voluntad de los padres intencionales—, antes que en algunos aspectos objetivos de la relación —tales como la relación biológica o genética con alguno de los progenitores y/o el tiempo de convivencia con el menor—. ³⁷

Este caso demuestra, como se apuntó previamente, la importancia que reviste considerar la forma en que cada corte u órgano nacional o internacional dota de contenido a derechos que nominalmente son iguales y que, sin embargo, por su interpretación, pueden conducir a resultados distintos

³⁶ SCJN, Amparo Directo en Revisión 2766/2015, 12 de julio de 2017, unanimidad de cuatro votos, ministra ponente: Norma Lucía Piña Hernández, secretario adjunto: Daniel Álvarez Toledo; SCJN, Amparo en Revisión 553/2018, 21 de noviembre de 2018, unanimidad de cinco votos, ministro ponente: José Ramón Cossío Díaz, secretaria: Mónica Cacho Maldonado.

³⁷ En este punto es oportuno destacar que el vínculo genético no es tampoco del todo extraño a la sentencia de la SCJN. Para dicho tribunal, la relevancia del vínculo biológico se relaciona, sin embargo, con el contenido normativo del derecho de los niños a su identidad, antes que con el ejercicio del derecho a la familia de los padres intencionales.

en casos similares. Tanto el más alto tribunal de México como el TEDH debían establecer la posible violación al derecho a la familia, derivada de la negativa de las autoridades estatales de reconocer el vínculo filial entre uno o ambos padres intencionales y el niño respectivo. Más allá de los elementos de extranjería que presentan los casos europeos, la posición de ambas cortes es sustancialmente distinta, en gran parte como resultado de una caracterización sustantivamente distinta del contenido normativo del derecho a la familia. Lo anterior, incluso teniendo como base marcos convencionales similares.

En términos más amplios, la decisión de la SCJN denota también una forma de intervención garantista, al afirmar que “la ausencia de regulación en la normatividad secundaria no debe erigirse como un impedimento para el reconocimiento, protección y vigencia de los derechos fundamentales de las personas”.³⁸ En la sentencia original de amparo, el juez de distrito competente concluyó que, ante un vacío legislativo, era imposible verificar si se habían reunido los requisitos esenciales o mínimos a los que, conforme al orden público, debían sujetarse los acuerdos de gestación por sustitución. Consecuentemente, el juez se rehusó a ordenar el registro del menor con los apellidos de los padres intencionales, negando, de esa forma, la relación filial. Ésta sería una medida temporal en tanto las autoridades competentes tuvieran oportunidad de investigar las condiciones bajo las cuales se acordó la gestación del menor.

En contraste con esta posición, la SCJN afirmó la primacía del ejercicio efectivo de los derechos de las partes —en específico los de los padres intencionales y los de su hijo— al reconocer que la legislación local existente comprendía los supuestos necesarios para proceder al registro del niño, reconociendo a ambos padres intencionales como sus padres legales. Si bien la SCJN sustenta estas conclusiones en una interpretación prioritariamente literal de las normas relevantes del código civil estatal aplicable, los derechos reconocidos al inicio de la misma sentencia parecen ser un telón de fondo que subyace en toda la lógica argumentativa del tribunal. Esto implicaría, en términos de la doctrina constitucional en materia de derechos humanos, una interpretación conforme del orden jurídico secundario en sentido amplio.³⁹

³⁸ SCJN, Amparo en Revisión 553/2018..., *cit.*

³⁹ Con respecto al concepto de la interpretación conforme en el constitucionalismo mexicano, véase, por ejemplo, SCJN, Expediente Varios 912/2010, 14 de julio de 2011, ministra ponente: Margarita Luna Ramos, ministro encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz, secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio. Desde una perspectiva académica, véase, por ejemplo, Cossío Díaz, José Ramón, “Primeras implicaciones del

De manera también interesante, la propia sentencia de la SCJN retoma las pruebas disponibles en el expediente judicial, a fin de (i) validar la existencia de un acuerdo de gestación por sustitución, en el cual (ii) concurren las voluntades de las partes, con base en el consentimiento libre e informado, siendo que aquel acuerdo concluyó con (iii) el nacimiento de un bebé, respecto a quien los padres intencionales solicitan su registro ante la autoridad competente. En el marco de esta discusión, la SCJN también aborda, aunque de manera algo desarticulada, aspectos relevantes de los derechos humanos de la mujer gestante, a la que llama “madre gestante”.

En palabras del máximo tribunal mexicano, para la consecución de un proceso de gestación por sustitución “es necesaria la concurrencia de la voluntad de la madre gestante, la cual debe estar libre de vicios, y sobre la base de que dicha mujer debe ser mayor de edad y con plena capacidad de ejercicio, que garantice su libre desarrollo de la personalidad”.⁴⁰ A mayor profundidad, la propia corte continuó sosteniendo que, según ha establecido reiteradamente el Pleno,

...el libre desarrollo de la personalidad es un derecho humano personalísimo, derivado de la dignidad humana, por el cual todo individuo puede elegir en forma libre y autónoma su proyecto de vida, sin coacción ni controles injustificados, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera y asimismo, esta Sala ha establecido que desde el punto de vista externo, el derecho le da cobertura a una genérica libertad de acción que permite realizar cualquier actividad que el individuo considere necesaria para el desarrollo de su personalidad; y desde una perspectiva interna, protege una esfera de privacidad del individuo contra incursiones externas que permitan la capacidad para tomar ciertas decisiones a través de las cuales se ejerce la autonomía personal [nota omitida]; y como cualquier derecho fundamental, tiene su límite en los derechos de terceros y el orden público [nota omitida].

En consecuencia, debe considerarse que la mujer que por su libre voluntad accede a ayudar a quienes no pueden convertirse en padres biológicos de un hijo a realizar ese propósito, lo hace en ejercicio del libre desarrollo de su personalidad.⁴¹

Sin duda, es difícil inferir conclusiones precisas de un par de párrafos que se presentan como un *obiter dicta* en una sentencia judicial. No obstante,

caso Radilla”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 26, junio-diciembre de 2012, pp. 31-63.

⁴⁰ SCJN, Amparo en Revisión 553/2018..., *cit.*

⁴¹ *Ibidem*, párrs. 33 y 34.

es plausible al menos considerar las implicaciones que esta línea de argumentación tendría en relación con los modelos jurídico-políticos y de intervención estatal que se han detallado en secciones previas. Sin minimizar la relevancia de las referencias al consentimiento libre e informado en la propia sentencia de la SCJN, el peso argumentativo del (alegado) derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin una individualización más detallada de las condiciones de la mujer gestante o del contexto social mexicano, parece corresponder más bien a un modelo fuertemente liberal, con una intervención estatal mínima.

Tal como se destacó, ésta es, sin duda, una opción jurídicamente viable. Sin embargo, es importante tomar conciencia de sus implicaciones, particularmente atendiendo a la realidad socioeconómica de México. La vulnerabilidad en la que han sido situadas millones de mujeres merece, al menos, una discusión amplia y reflexiva sobre el modelo normativo más adecuado para asegurar la tutela de todas las personas, incluyendo las mujeres gestantes. Salvaguardando los aspectos claramente garantistas de la sentencia en comento, la lógica con la que se argumentan los derechos de las mujeres gestantes podría tener consecuencias o efectos inesperados o imprevistos, tal como ha sucedido con otras decisiones judiciales tanto a nivel nacional como internacional. Por eso es importante contar con una discusión integral sobre las implicaciones de la gestación por sustitución en la forma de concebir los derechos humanos y las obligaciones estatales respectivas.

VI. CONCLUSIONES

Los debates en materia de derechos humanos que rodean los acuerdos de gestación por sustitución han estado marcados por preguntas complejas, que se agudizan por la falta de marcos normativos precisos. La actuación de los tribunales nacionales o internacionales ha subsanado, en alguna medida, el impacto que los vacíos o lagunas jurídicas generan en el ejercicio de los derechos humanos. Sin embargo, la constante judicialización de estos problemas no representa una solución integral a la cuestión. Es necesario que se continúe reflexionando sobre la mejor forma de alcanzar un marco jurídico internacional o, al menos, una mayor armonización entre los sistemas jurídicos nacionales, de manera que se potencie el ejercicio de los derechos en un contexto de mayor seguridad jurídica.

Para tales fines, se destacó la importancia de analizar la lógica que subyace a las decisiones estatales que impactan el ejercicio de los derechos humanos, en relación con la gestación por sustitución. Según se propuso, es posible

concebir tres modelos o arquetipos diferenciados de intervención estatal, que pueden servir como guía para el análisis, a saber: *i*) el modelo protector-prohibicionista; *ii*) el modelo protector-regulatorio, y *iii*) el modelo garantista. Cualquiera de estos modelos presenta retos importantes, ya sea por los efectos no deseados o no previstos en el ejercicio de los derechos (particularmente por lo que toca al modelo de intervención protectora-prohibicionista), o por la complejidad que implica organizar todo el aparato gubernamental a fin de asegurar el libre ejercicio de los derechos, en contextos socioeconómicos complejos. En todo caso, la falta de discusión sobre la mejor forma de avanzar en la protección de los derechos, en consonancia con uno o varios de estos modelos, puede generar aún más conflictos o problemas. Asumir frontalmente el debate es el primer paso para encontrar soluciones normativas que respondan, de la mejor manera posible, a una realidad tan compleja como cambiante.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, “Gestación por sustitución y orden público”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2017.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observación General No. 16. Derecho a la intimidad (artículo 17)*, 28 de septiembre de 1998, disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCCPR%2fGEC%2f6624&Lang=en.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, “Primeras implicaciones del caso Radilla”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 26, junio-diciembre de 2012.
- DONNELLY, Jack, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, 3a. ed., Ithaca, Cornell University Press, 2013.
- HCCH, *A Study of Legal Parentage and the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*, Prel. Doc. No. 3C, marzo de 2014, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/bb90cfd2-a66a-4fe4-a05b-55f33b009cfc.pdf>.
- HEVIA, Martín, “Liberalismo y gestación por sustitución”, en CERDIO, Jorge *et al.* (coords.), *Entre la libertad y la igualdad. Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, t. I.
- SALAZAR, Pedro *et al.*, *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, México, Senado de la República, Instituto Belisario Domínguez, 2014.
- STARK, Barbara, “Transnational Surrogacy and International Human Rights Law”, *ILSA. Journal of International and Comparative Law*, vol. 18, 2011-2012.

- TOBIN, John, “To Prohibit or Permit: What is the (Human) Rights Response to the Practice of International Commercial Surrogacy”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 63, núm. 2, 2014.
- TRIMMINGS, Katarina y BEAUMONT, Paul Reid, “Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights in the Area of Cross-Border Surrogacy: Is there Still a Need for Global Regulation of Surrogacy”, en BIAGIONI, G. e IPPOLITO, F. (eds.), *Migrant Children in the XXI Century: Selected Issues of Public and Private International Law*, Editoriale Scientifica, 2016.
- VÁZQUEZ, Luis Daniel y SERRANO, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho*, 4a. ed., México, Trotta, 2016.