

CAPÍTULO TERCERO

CUESTIONES CONTROVERTIDAS EN TORNO A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Isabel FULDA GRAUE
Rebeca RAMOS DUARTE
Regina TAMÉS NORIEGA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Regular o prohibir*. III. *Condiciones de acceso*. IV. *Carácter gratuito u oneroso de la práctica*. V. *Interés superior del niño*. VI. *Participación de intermediarios*. VII. *Conclusiones*. VIII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La gestación por sustitución o gestación subrogada es un tema complejo, en cuyo análisis se debe tomar en cuenta la posibilidad de que existan abusos, ante contextos de importantes desigualdades entre las partes. Esto lleva a los Estados a tomar una postura con respecto a cuestiones controvertidas, que van desde la decisión de prohibir o permitir la figura hasta decidir si se trataría de acuerdos gratuitos u onerosos, pasando por la regulación de las condiciones de acceso, la participación de intermediarios y la forma de prevenir posibles conflictos de interés, entre otros.

El mercado cada vez más creciente de la gestación subrogada en el mundo obliga a entablar una discusión compleja acerca de los derechos de las partes involucradas, el consentimiento informado, la filiación, los desafíos para el derecho internacional, entre otros aspectos del tema. Ante este difícil panorama, el Estado deberá garantizar una protección efectiva de los derechos humanos de todas las personas intervinientes. En definitiva, la gestación subrogada implica cuestiones que aún no cuentan con respuestas claras desde el marco de los derechos humanos ni de los feminismos y que deben ser resueltas a nivel internacional y doméstico para evitar patrones de abuso, explotación y violaciones a derechos humanos.

En su trabajo, el GIRE ha documentado las violaciones a derechos humanos relacionadas con la práctica de la gestación subrogada en México:¹ ausencia de contratos, abusos por parte de clínicas y agencias, negación de documentos de identidad a las niñas y los niños nacidos a partir de estos acuerdos, criminalización de las mujeres gestantes, entre otras. Algunos de estos patrones existían bajo el marco jurídico mínimo que establecía, desde 1997, el Código Civil para el Estado de Tabasco y que tan sólo contemplaba la posibilidad de registrar a menores nacidos a raíz de contratos de gestación subrogada. Otros surgieron o se reforzaron como consecuencia de la reforma a dicho código en enero de 2016, que estableció elementos importantes que podrían contribuir a proteger los derechos de las partes (como la revisión de los contratos por un juez), pero introdujo disposiciones problemáticas que, en términos generales, han dejado en un mayor estado de vulnerabilidad a quienes participan en estos acuerdos, en particular las mujeres gestantes. Así, la situación actual en México es una en la que dos entidades —Tabasco y Sinaloa— regulan de manera deficiente la gestación subrogada en su legislación civil. Mientras tanto, a nivel federal persiste una ausencia de regulación con respecto a las TRHA, procedimientos que resultan muy relevantes para quienes participan en acuerdos de gestación por contrato.

La regulación doméstica de la gestación por sustitución requiere tomar en cuenta cuestiones controvertidas que deben ser evaluadas desde una perspectiva de género y de derechos humanos, así como considerar las obligaciones internacionales que pudieran relacionarse con dicha regulación, las experiencias de derecho comparado de otros países en la materia y los efectos que unas u otras definiciones pudieran tener a nivel transfronterizo. De lo contrario, se corre el riesgo de establecer regulaciones discriminatorias, insuficientes para prevenir abusos o que contribuyan a favorecer situaciones de explotación o violaciones a derechos humanos para las partes involucradas. Más allá de prohibir de manera absoluta o de permitir sin restricciones, las cuestiones controvertidas a definir en una regulación con respecto a la gestación subrogada son diversas. En este capítulo se desarrollarán algunas de las que se consideran más relevantes, reconociendo que no constituyen una lista exhaustiva.

¹ Los principales insumos utilizados para este texto son resultado de la labor del GIRE, gran parte de los cuales han sido plasmados en el informe *Gestación subrogada en México. Resultados de una mala regulación* (México, 2017, disponible en: <https://gestacion-subrogada.gire.org.mx/#/>).

II. REGULAR O PROHIBIR

Durante décadas, el debate en torno a la gestación subrogada se ha dividido entre quienes consideran que es una práctica inherentemente coercitiva y que, por lo tanto, debe ser rechazada en todas sus formas,² y quienes piensan que, si bien existen protecciones importantes a considerar para asegurar el consentimiento de las partes (principalmente de las mujeres gestantes) y evitar abusos, el respeto a los derechos humanos —en particular la agencia de las mujeres a decidir sobre su propio cuerpo—, así como la evidencia existente con respecto a los efectos de esquemas prohibitivos, obligan a buscar una manera de reconocerla jurídicamente.³ La primera postura busca prohibir la práctica con miras a su abolición, lo que, incluso, podría suponer penalizarla. La segunda opta por regularla, aunque el contenido de dicha regulación puede variar enormemente.

Una de las principales preocupaciones que se han expresado desde posturas feministas con respecto a la gestación subrogada son las condiciones de desigualdad en que las mujeres gestantes tienden a acceder a estos acuerdos y el efecto que esto puede tener sobre su capacidad para decidir participar en ellos.⁴ Sin duda, los contextos culturales, económicos y sociales en los que suele llevarse a cabo esta práctica no deben desconocerse, particularmente en relación con acuerdos transfronterizos, en los que quienes comisionan el embarazo generalmente tienen un mayor poder adquisitivo que quien accede a gestar, lo cual puede derivar en abusos importantes.

Sin embargo, prohibir la práctica no necesariamente es una medida efectiva para hacerla desaparecer. En el mejor de los casos, la correcta implementación de una legislación prohibitiva podrá “hacer desaparecer” la práctica

² Para posturas representativas de esta perspectiva, véanse Corea, Gena, *The Mother Machine: Reproductive Technologies from Artificial Insemination to Artificial Wombs*, Londres, The Women's Press Ltd., 1988; Anderson, Elizabeth S., “Why Commercial Surrogate Motherhood Unethically Commodifies Women and Children: Reply to McLachlan and Swales”, *Health Care Analysis*, vol. 8, núm. 1, marzo de 2000, pp. 19-26.

³ Para algunas propuestas de regulación desde una perspectiva feminista, véanse Bailey, Alison, “Reconceiving Surrogacy: Toward a Reproductive Justice Account of Indian Surrogacy”, *Hypatia*, vol. 26, núm. 4, 2011, pp. 715-741; Walker, Ruth y Van Zyl, Liezl, *Towards a Professional Model of Surrogate Motherhood*, Londres, Palgrave MacMillan UK, 2017.

⁴ Para un panorama general sobre este tipo de perspectivas, véanse Wilkinson, Stephen, “The Exploitation Argument against Commercial Surrogacy”, *Bioethics*, vol. 17, núm. 2, 2003, pp. 169-187; Kirby, Jeffrey, “Transnational Gestational Surrogacy: Does It Have to Be Exploitative?”, *American Journal of Bioethics*, vol. 14, núm. 5, 2014, pp. 24-32; Wertheimer, Alan, “Two Questions about Surrogacy and Exploitation”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 21, núm. 3, 1992, pp. 211-239.

en cierto país, pero provocará el movimiento de la misma a otros países o regiones, con instituciones más débiles y falta de protecciones a las partes del acuerdo.⁵ En países como México, con sistemas de justicia deficientes y debilidades institucionales importantes, la prohibición, además de llevar a la posible criminalización de las partes que participan en estos acuerdos, fomentaría que se ofreciera en la clandestinidad. En tales circunstancias, el Estado no tendrá posibilidad de proteger a las partes, de supervisar las condiciones de consentimiento de los contratos o de asegurar que la actuación de los intermediarios se efectúe respetando la ley y los derechos humanos.

La prohibición de la gestación subrogada no es sólo una medida cuestionable por su relación con estereotipos de género y prejuicios acerca de la maternidad, así como por el mensaje que envía por parte del Estado acerca de la capacidad de las mujeres para tomar decisiones sobre su vida privada, sino que ha probado ser inadecuada para proteger a las partes de los abusos más comunes relacionados con la práctica. En términos generales, la experiencia internacional muestra que prohibir la gestación subrogada, lejos de proteger a las mujeres y los niños nacidos de estos acuerdos, favorece su persecución y la aparición de nuevos patrones de abuso.

El caso de Camboya es un ejemplo claro de dicho efecto: al convertirse en un “nuevo” destino de gestación subrogada internacional tras las restricciones impuestas en India, Tailandia y Nepal para el acceso a extranjeros a acuerdos remunerados de este tipo, el Ministerio de Salud publicó una directriz que establecía la suspensión provisional de la práctica y su equiparación con el tráfico de personas.⁶ Dicha directriz, que en teoría buscaba evitar los abusos relacionados con la práctica y, en particular, la “protección” de las mujeres gestantes, llevó en 2017 al arresto de más de treinta mujeres gestantes que participaban en acuerdos de gestación subrogada, que fueron final-

⁵ Algunos autores, activistas y organizaciones han sido muy críticos con respecto al efecto que han tenido legislaciones prohibitivas en Estados del “norte global” para fomentar la práctica a nivel transfronterizo en países donde la aparición de abusos y violaciones a derechos humanos es frecuente. Algunos, incluso, han llamado a reconsiderar estos esquemas prohibitivos como una medida para disminuir los efectos permisivos de la gestación por sustitución transfronteriza. Véanse, por ejemplo, Kristinsson, Sigurður, “Legalizing Altruistic Surrogacy in Response to Evasive Travel? An Icelandic Proposal”, *Reproductive Biomedicine and Society Online*, vol. 3, diciembre de 2016, pp. 109-119; Johnson, Louise *et al.*, “Barriers for Domestic Surrogacy and Challenges of Transnational Surrogacy in the Context of Australians Undertaking Surrogacy in India”, *Journal of Law and Medicine*, vol. 22, núm. 1, 2014, pp. 136-154; Lozanski, Kristin, “Transnational Surrogacy: Canada’s Contradictions”, *Social Science and Medicine*, vol. 124, núm. C, 2015, pp. 383-390.

⁶ Taylor, Lucas, “Cambodia Bans Commercial Surrogacy Industry”, *BioNews*, núm. 876, 7 de noviembre de 2016, disponible en: https://www.bionews.org.uk/page_95766. Véase también la sección IV del capítulo séptimo de este libro.

mente liberadas en diciembre de 2018 bajo la condición de que aceptaran criar a los niños surgidos de dichos acuerdos como propios.⁷

El reconocimiento de la capacidad de agencia de las mujeres, aun en contextos de pobreza o desigualdad, debe llevar a una regulación cuidadosa por parte de los Estados, que tenga como centro la garantía del consentimiento informado de las mujeres gestantes y la prevención de abusos y que no derive en consecuencias como las observadas en el caso de Camboya, violatorias de los derechos de todas las partes, en particular las mujeres y los recién nacidos.

Una adecuada regulación de la gestación subrogada puede contribuir a proteger los derechos de todas las personas involucradas, en especial las mujeres gestantes, que son más vulnerables a abusos en contextos desregulados o prohibitivos. Los estándares de derechos humanos establecidos a nivel internacional implican la obligación de los Estados de encontrar regulaciones que no impliquen formas de discriminación hacia los padres intencionales y que garanticen los derechos de los niños nacidos a partir de estos acuerdos.

En la práctica, las diferentes respuestas de los Estados con respecto a la gestación por sustitución se ubican en un espectro entre la prohibición absoluta y la permisividad sin límites. A esto se le suma el hecho de que, aunque en la mayoría de los casos los marcos normativos relacionados con estos acuerdos se definen a nivel nacional, en países federales, como México, Australia y Estados Unidos, estas definiciones se realizan por región o estado, lo que da lugar a marcos normativos diversos dentro de un mismo país.

III. CONDICIONES DE ACCESO

La definición sobre quiénes pueden acceder a un acuerdo de gestación por sustitución es una de las discusiones más relevantes cuando un Estado busca dar respuesta a esta práctica. La identificación de patrones comunes de abuso, particularmente en acuerdos de gestación subrogada transfronterizos, ha llevado a la búsqueda de soluciones que protejan a todas las partes involucradas en el proceso mediante restricciones al acceso tanto para quienes desean ser padres intencionales como para las mujeres que aceptan gestar para ellos. Sin embargo, de manera frecuente, estos esfuerzos han derivado en el establecimiento de requisitos o propuestas que, lejos de contribuir a resolver problemas, resultan arbitrarios y discriminatorios.

⁷ Lynam, Eleanor, “Cambodia Releases Detained Surrogates”, *BioNews*, núm. 979, 10 de diciembre de 2018, disponible en: https://www.bionews.org.uk/page_140307.

A pesar de que las restricciones impuestas para acceder a la práctica comúnmente buscan justificarse bajo el argumento de “proteger” a las mujeres gestantes o a las personas nacidas a partir de estos acuerdos, suelen esconder prejuicios discriminatorios o, simplemente, no son la vía idónea para lograr este objetivo. Por ejemplo, el requisito de que la parte contratante sea una pareja casada o en concubinato, conformada por un hombre y una mujer, es una restricción común en el derecho comparado. En México, por ejemplo, el artículo 283 del Código Familiar del Estado de Sinaloa se refiere al padre y madre subrogados como quienes están autorizados para llevar a cabo un contrato con una mujer gestante, por lo que se establece una discriminación implícita a las parejas del mismo sexo o las personas solteras que busquen formar parte de estos acuerdos.

Al respecto, cabe señalar que la Primera Sala de la SCJN mexicana emitió la tesis jurisprudencial 08/2017, en la que determinó lo siguiente:

...la vida familiar entre personas del mismo sexo no se limita únicamente a la vida en pareja, sino que puede extenderse a la procreación y a la crianza de niños y niñas según la decisión de los padres. Así, existen parejas del mismo sexo que hacen vida familiar con niños y niñas procreados o adoptados por alguno de ellos, o parejas que utilizan los medios derivados de los avances científicos para procrear.⁸

Dicha resolución reconoce la protección constitucional para todo tipo de familias, incluyendo aquellas que se forman a través de TRHA. Con base en este precedente, la tesis sobre voluntad procreacional de junio de 2018⁹ y el artículo 1o. de la CPEUM, las autoridades están obligadas a reconocer los diferentes tipos de familia sin discriminación, sean parejas del mismo sexo, de diferente sexo o personas solteras.

Por otro lado, en Israel, la gestación subrogada se encuentra permitida desde hace más de veinte años, con la limitación de que quienes accedan a ella sean parejas casadas compuestas por un hombre y una mujer. Esta restricción fue cuestionada en julio de 2018, cuando el Parlamento aprobó una

⁸ Tesis 1a./J. 8/2017 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, 27 de enero de 2017, bajo el rubro “DERECHO A LA VIDA FAMILIAR DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO”, disponible en: <http://bit.ly/2jxqRVn>.

⁹ Tesis 1a. LXXVIII/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 55, t. II, junio de 2018, p. 980, bajo el rubro “VOLUNTAD PROCREACIONAL. CONSTITUYE UN FACTOR DETERMINANTE EN LA FILIACIÓN DE UN NIÑO O UNA NIÑA QUE NACIÓ BAJO UN PROCEDIMIENTO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA”, disponible en: <https://bit.ly/2HyYcgt>.

nueva ley,¹⁰ en virtud de la cual también pueden celebrar dichos acuerdos mujeres solteras que, por razones médicas, no puedan llevar a término un embarazo. Esta reforma, sin embargo, no consideró a parejas del mismo sexo, a hombres solteros ni a mujeres que no puedan acreditar dicho impedimento, lo que dio lugar a importantes movilizaciones de rechazo, entre otros, por parte de la comunidad LGBT. Dichas poblaciones, históricamente excluidas de la legislación doméstica israelí con respecto a la gestación por sustitución, han tendido a viajar a otros destinos sin dichas restricciones, lo cual en ocasiones ha derivado en problemas de registro de los menores o escándalos de abuso hacia las mujeres gestantes.¹¹

Asimismo, en algunos Estados que se han convertido en destinos internacionales para realizar esta práctica, se ha decidido limitar el acceso únicamente a nacionales o residentes habituales del país donde se lleva a cabo el acuerdo, como es el caso de Tabasco a partir de la reforma a su código civil en enero de 2016 y de países como India, Nepal y Tailandia, que durante años fueron importantes destinos de gestación por sustitución transfronteriza. En el caso de México, la reforma a la legislación de Tabasco y, en particular, la falta de claridad acerca de los acuerdos ya existentes al momento de la modificación legislativa han tenido como consecuencia no solamente la negación del registro de menores nacidos de padres intencionales no mexicanos —aun en casos en los que sus contratos eran anteriores a la reforma legislativa de 2016—, sino también acusaciones penales en contra de mujeres gestantes por delitos como tráfico de menores.¹²

Pese a que estas restricciones en general pretenden prevenir los abusos identificados alrededor de la gestación subrogada en el contexto internacional, la experiencia señala que, además de ser discriminatorias, no resuelven los problemas estructurales identificados en la práctica y, de hecho, pueden tener efectos no deseados, como la estigmatización y persecución de personas extranjeras. En todo caso, un requisito de residencia habitual¹³ o el establecimiento de visados específicos para acceder a dichos acuerdos, como se

¹⁰ Para más información acerca del caso de Israel, véase la sección III del capítulo sexto de la presente obra.

¹¹ Véanse, por ejemplo, GIRE, *op. cit.*, p. 53, o Kamin, Debra, “Israel Evacuates Surrogate Babies from Nepal but Leaves the Mothers Behind”, *Time*, 28 de abril de 2015, disponible en: <http://time.com/3838319/israel-nepal-surrogates/>.

¹² GIRE, *op. cit.*, p. 52.

¹³ En este sentido, véase Alborno, María Mercedes y López González, Francisco, “Marco normativo de la gestación por sustitución en México: desafíos internos y externos”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, nueva época, vol. 11, núm. 39, enero-junio de 2017, p. 179, disponible en: <http://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/303/299>.

planteó en India durante un tiempo, podrían responder a este objetivo sin suponer discriminaciones injustificadas.

A pesar de que la mayoría de las restricciones de acceso establecidas en las regulaciones se dirigen a quién puede actuar como la parte contratante, los diferentes Estados que contemplan algún tipo de esquema de gestación por sustitución también han señalado ciertas restricciones relacionadas con las mujeres que pueden actuar como gestantes en este tipo de acuerdos. La mayoría de estos requisitos —mayoría de edad, certificado de buena salud o de un embarazo sano previo, límites a la participación repetida o continua en este tipo de acuerdos— se basan en la idea de asegurar el consentimiento informado y disminuir los riesgos médicos para las mujeres gestantes y no necesariamente suponen algún tipo de discriminación. Otros, sin embargo, como la autorización por parte de sus parejas o la determinación de que deban estar casadas, resultan cuestionables desde una perspectiva de género y derechos humanos.

En general, cualquier tipo de restricción establecida para acceder a un acuerdo de gestación subrogada debe estar claramente justificada por el Estado, a fin de garantizar que sea razonable, proporcional y la mejor vía para proteger los derechos humanos de todas las partes. En particular, el acceso a la gestación subrogada no debe limitarse por razones de sexo, estado civil, orientación sexual o nacionalidad. Otros requisitos, como la edad o la residencia habitual, deben ser claramente argumentados en la normativa aplicable como la mejor vía para proteger derechos. De otro modo, aquéllos podrían ser declarados violatorios de derechos humanos por cortes supremas nacionales u órganos jurisdiccionales y no jurisdiccionales de derechos humanos a nivel internacional.

IV. CARÁCTER GRATUITO U ONEROSO DE LA PRÁCTICA

La retribución económica a las mujeres gestantes es uno de los elementos más controversiales alrededor de la práctica de la gestación subrogada. Esta discusión se ha traducido en una gran variedad de regulaciones alrededor del mundo que limitan, prohíben o permiten diferentes formas de remuneración para las mujeres gestantes.

Así, quienes critican que exista una compensación económica tienden a argumentar que la cantidad que reciben las mujeres gestantes es tan baja —considerando, en particular, el riesgo físico en el que incurren no sólo por el embarazo, sino también por los procedimientos médicos previos a los que

deben someterse— que constituye una forma de explotación, así como una mercantilización de sus cuerpos que no debería ser permitida.¹⁴ Por otro lado, se argumenta que, dado que la retribución económica para las mujeres gestantes es muy alta en relación con lo que podrían ganar en otra actividad, el pago las induce a aceptar e invalida o pone en duda su consentimiento.¹⁵ De acuerdo con estas perspectivas, la remuneración en casos de gestación subrogada no debería permitirse e, incluso, su existencia debería sancionarse penalmente.

Aunado a lo anterior, existe entre quienes cuestionan el establecimiento de pagos a las mujeres gestantes una preocupación acerca de la posibilidad de que dicha remuneración encuadre en la definición de venta de niños prevista en el Protocolo facultativo de la CDN relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.¹⁶ Este instrumento establece en el inciso *a* de su artículo 2o. lo siguiente: “Por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”. Las interpretaciones acerca de lo que dicha definición puede significar para la gestación subrogada son diversas.

Entre las posturas que se plantean, existen quienes defienden que la obligación de prevenir y erradicar la venta de niños debe llevar a prohibir y penalizar los acuerdos de gestación subrogada que no sean estrictamente altruistas, al menos como se practican actualmente en la mayoría de los países que los permiten.¹⁷ En cambio, otros plantean que, dado que el objetivo

¹⁴ Satz, Debra, *Why Some Things Should Not Be for Sale: The Moral Limits of Markets*, Nueva York, Oxford University Press, 2010.

¹⁵ Para un análisis de este argumento en contraste con el de la explotación, véase MacKlin, Ruth, *Surrogates & Other Mothers: The Debates over Assisted Reproduction*, Filadelfia, Temple University Press, 1994, especialmente capítulo 3, “Conflicting Views about Surrogacy”.

¹⁶ Después de recibir las primeras diez ratificaciones necesarias para su entrada en vigor, el Protocolo se convirtió en un documento jurídicamente vinculante el 18 de enero de 2002. Desde entonces, más de cien países, incluido México, han firmado y ratificado el documento. ONU, Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, Resolución A/RES/54/263, Nueva York, 25 de mayo de 2000, disponible en: <https://bit.ly/2CKiT0C>.

¹⁷ Smolin, David M., “Surrogacy as the Sale of Children: Applying Lessons Learned from Adoption to the Regulation of the Surrogacy Industry’s Global Marketing of Children”, *Pepperdine Law Review*, vol. 43, núm. 2, 2016, pp. 265-344, disponible en: http://pepperdinelawreview.com/wp-content/uploads/2016/02/Smolin_Final-no-ICR.pdf. La relatora especial de la ONU sobre la venta y la explotación sexual de niños, Maud de Boer-Buquichio, ha apoyado este mismo argumento. Véase ONU, “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 demuestre abusos sexuales de niños”, Resolución A/HRC/37/60,

de esta remuneración no se relaciona con causar daño o explotación a los menores y la gestación subrogada no se encontraba contemplada en la redacción del Protocolo facultativo o la CDN, se le debe considerar como una situación excepcional que no configura venta de menores o, en su caso, se deben establecer esquemas de pago que logren separar la remuneración por los servicios de gestación, de la entrega del menor y la transferencia o la determinación de filiación.¹⁸

En este último sentido, es importante considerar el reciente Informe de la relatora especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, que expresa una preocupación acerca de la posibilidad de que la gestación por sustitución remunerada, como es practicada actualmente en la mayoría de los países, constituye una venta de niños conforme a la definición prevista a nivel internacional y específicamente en el Protocolo facultativo mencionado con anterioridad.¹⁹ El documento añade que cierto tipo de gestación subrogada remunerada —con esquemas de pago específicos y, sobre todo, uno en el que la mujer gestante se considere la madre legal al nacer y los contratos no resulten vinculantes— podría ser compatible con el Protocolo facultativo. En tanto no se pueda asegurar este modelo específico, establece que los Estados deben prohibir la gestación por sustitución “comercial”.²⁰

En contraste, existen quienes defienden el establecimiento de un pago por los servicios reproductivos que ofrece la mujer gestante²¹ y afirman que respetar la capacidad de agencia de las mujeres implica compensar el servicio que proveen, más allá del pago de procedimientos médicos o gastos estrictamente relacionados con el embarazo, y que la ausencia de un pago es —de hecho— aquello que constituiría una forma de explotación. Bajo esta perspectiva, si bien se deben establecer medidas para prevenir la explotación y asegurar el consentimiento informado de las mujeres gestantes, la gestación subrogada no tiene que realizarse necesariamente de forma altruista.

Nueva York, 15 de enero de 2018, disponible en: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/37/60&Lang=S.

¹⁸ Para ejemplos de estas perspectivas, véanse Humbyrd, Casey, “Fair Trade International Surrogacy”, *Developing World Bioethics*, vol. 3, núm. 9, 2009, pp. 111-118; Snyder, Steven H., “Reproductive Surrogacy in the United States of America”, en Sills, E. Scott (ed.), *Handbook of Gestational Surrogacy. International Clinical Practice and Policy Issues*, Nueva York, Cambridge University Press, 2016, pp. 276-286.

¹⁹ ONU, “Informe de la relatora especial...”, *op. cit.*, p. 13, párr. 41.

²⁰ *Ibidem*, p. 21, párr. 75.

²¹ Cornell Law School. International Human Rights Policy Advocacy Clinic y National Law University, Delhi, *Should Compensated Surrogacy Be Permitted or Prohibited?*, 2017, Cornell Law Faculty Publications, núm. 1551, disponible en: <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/1551>.

Esta noción está reflejada en marcos normativos como el de California,²² en donde se acepta que la mujer gestante reciba una compensación económica por participar en un acuerdo de este tipo. La misma es considerada como una forma de pago por un servicio prestado, y se determina por las partes en un contrato. En contraste, en jurisdicciones como Reino Unido²³ y Australia²⁴ se establece que los acuerdos deben ser “altruistas”, aunque en la práctica las mujeres no solamente reciben reembolsos por gastos del embarazo, sino también una compensación por su tiempo, molestias y otras consideraciones.

Una mirada adicional al debate sobre el carácter gratuito u oneroso de la gestación por sustitución, efectuada tanto desde una perspectiva feminista como desde la perspectiva de los derechos de la infancia, permite subrayar la importancia de considerar los efectos que podría tener una legislación que sólo permitiera la práctica con carácter “altruista”. Así, establecer un requisito de gratuidad, tanto en la legislación como en los contratos en sí que se lleven a cabo, lejos de proteger a las partes o evitar la existencia de pagos, puede incentivar que la práctica se realice en la clandestinidad. En otros términos, seguirían existiendo promesas de pago que, por ser informales, dejarían a las mujeres gestantes sin la posibilidad de presentar recurso legal alguno para exigir su cumplimiento.

V. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

A pesar de la variedad de actitudes estatales acerca de la gestación subrogada a nivel mundial, hay ciertos derechos ya reconocidos en los tratados internacionales que no pueden ser vulnerados a las personas menores de edad por prohibiciones o restricciones establecidas por la legislación o, en su caso, por los tribunales, en especial el derecho a la identidad. Dos casos resueltos por el TEDH en contra de Francia tratan de manera particular esta cuestión.²⁵ En ambos casos, el Estado francés había negado el registro

²² Para más información, véase la sección VI del capítulo sexto de la presente obra.

²³ Véase la sección II del capítulo séptimo de este libro.

²⁴ Véase la sección III del capítulo séptimo de este libro.

²⁵ TEDH, Sección 5a., *Menesson c. Francia*, asunto 65192/11, 26 de junio de 2014, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22FRE%22%5D,%22appno%22:%5B%2265192/11%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-145179%22%5D%7D>; TEDH, Sección 5a., *Labassée c. Francia*, asunto 65941/11, 26 de junio de 2014, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22FRE%22%5D,%22appno%22:%5B%2265941/11%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-145180%22%5D%7D>.

de menores de edad nacidos en el extranjero tras acuerdos de gestación por sustitución, ya que éstos se encontraban prohibidos de manera absoluta en Francia. En respuesta, el TEDH basó sus argumentos en el interés superior de los niños para establecer que, si bien países como Francia pueden prohibir la práctica como medida de política pública, no pueden utilizar dicha prohibición para negar los derechos de los niños nacidos de estos acuerdos a la identidad, negando el vínculo *de facto* que existe entre los menores involucrados y sus padres intencionales.²⁶

En cuanto a México, la reforma al Código Civil para el Estado de Tabasco que estableció la prohibición de que las personas y parejas no mexicanas participen en acuerdos de gestación subrogada tuvo como consecuencia la negación por parte del Registro Civil de documentos de identidad para recién nacidos, con el argumento de que ya no se permitía el acceso a la práctica para estas personas (a pesar de que la mayoría de dichos contratos eran anteriores a la nueva legislación).²⁷

En este sentido, es preciso subrayar que la variedad de legislaciones alrededor del mundo con respecto a la gestación subrogada no puede en modo alguno justificar la violación del derecho a la identidad de niños y niñas nacidos a raíz de estos acuerdos. Para ello, los esfuerzos internacionales, particularmente por parte de la HCCH, pueden contribuir a encontrar la manera de proteger el interés superior de los niños, aun en un contexto de marcos normativos diversos e, incluso, contradictorios con respecto al tema.²⁸

VI. PARTICIPACIÓN DE INTERMEDIARIOS

Los acuerdos de gestación subrogada, particularmente si son transfronterizos, suelen suponer la presencia de una serie de intermediarios: personal de salud, agencias que sirven como vínculo entre padres intencionales y mujeres gestantes, despachos jurídicos, entre otros. La existencia de dichos intermediarios generalmente es necesaria e inevitable; al mismo tiempo, en muchas ocasiones, los abusos y violaciones a derechos humanos se llevan a cabo por parte de dichos intermediarios, con la anuencia del Estado.

Un elemento importante por considerar con respecto a los intermediarios son los posibles conflictos de interés en los que comúnmente se ven in-

²⁶ Para conocer más acerca de la jurisprudencia del TEDH en casos de gestación por sustitución, véase el capítulo décimo de este libro.

²⁷ GIRE, *op. cit.*, pp. 25 y 31-33.

²⁸ Para conocer las labores que se realizan a nivel internacional en esta dirección, véase el capítulo decimoquinto de la presente obra.

volucrados quienes brindan servicios a las mujeres gestantes: dado que el personal que provee servicios de salud, de asistencia legal o de asesoría psicológica a las mujeres gestantes es financiado directamente por los padres intencionales, no existe una garantía real de que su apoyo será imparcial y profesional. De acuerdo con la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (FIGO), el asesoramiento médico y jurídico independiente en un contrato de gestación subrogada es esencial para asegurarse de que todas las partes sean conscientes de sus responsabilidades y derechos.²⁹ Esto supone que las mujeres gestantes deben tener acceso, al menos, a servicios de salud y de asesoría jurídica que no dependan directamente de los padres intencionales y con los que puedan tener una relación confidencial, incluso a través mecanismos alternativos de solución de controversias, como la mediación, o el acceso por parte de las mujeres gestantes a asesoría jurídica gratuita para la revisión, firma y seguimiento de sus contratos, así como servicios de salud públicos de calidad.

Otra posibilidad que se debe considerar —en especial en contextos en los que no se pueda asegurar que los servicios públicos sean de una calidad aceptable— sería la de proporcionar a las mujeres gestantes un seguro médico privado o un fondo con el que ellas puedan elegir sus proveedores de servicios de salud, en lugar de que éstos sean seleccionados y controlados exclusivamente por los padres intencionales o por las agencias que actúan como intermediarias entre las partes.

La experiencia de México es ilustrativa en este sentido. De acuerdo con testimonios recabados por el GIRE, las narraciones de algunas mujeres que han participado en acuerdos de gestación subrogada dan cuenta de que, en la práctica, el derecho a la información no se respeta ni se garantiza. La explicación del contrato, en caso de que la haya, suele realizarla el mismo personal jurídico de la agencia o de la clínica, que actúa también como asesor legal de los padres intencionales.³⁰ Esto representa un conflicto de interés importante. La mayoría de las mujeres gestantes no tiene una copia de su contrato, no lo conoce e, incluso, ni siquiera tuvo forma de participar en la negociación de los términos de éste. Además, en algunos casos las agencias han obstaculizado la comunicación directa entre ambas partes del contrato, asegurándole a cada una que no hay un interés de contacto por parte de la

²⁹ FIGO, *Recomendaciones sobre temas de ética en obstetricia y ginecología*, Londres, Comité para el Estudio de los Aspectos Éticos de la Reproducción Humana, octubre de 2012, disponible en: <https://bit.ly/2Tew2sB>.

³⁰ Véanse Fulda, Isabel y Tamés, Regina, “Surrogacy in Mexico”, en Davies, Miranda, *Babies for Sale? Transnational Surrogacy, Human Rights and the Politics of Reproduction*, Londres, Zed Books, 2017, pp. 262-274; GIRE, *op. cit.*, pp. 28-31.

otra. De esta forma, dichas agencias impiden que se conozcan y descubran alguna eventual irregularidad, en particular con respecto a los pagos realizados. Asimismo, la falta de claridad y de información completa acerca del tipo de obligaciones y responsabilidades que las mujeres gestantes asumen al firmar el contrato, en muchas ocasiones, es facilitada por la actuación de las notarías públicas que intervienen y los despachos jurídicos que representan a los padres intencionales. Dado que la mayoría de las mujeres gestantes no cuenta con sus contratos, no tienen forma de probar la relación contractual en caso de abandono o incumplimiento de las obligaciones comprometidas por parte de los padres intencionales.³¹

Independientemente de las condiciones en las que se permita la celebración de contratos o acuerdos de gestación subrogada y de la regulación que pueda existir con respecto a los intermediarios, garantizar el consentimiento informado de las mujeres gestantes es, sin duda, un reto al que los Estados deben prestar especial atención. Para ello, las disposiciones legales con respecto a los contratos —por ejemplo, acerca de la posibilidad de las mujeres gestantes de interrumpir un embarazo o de tomar decisiones acerca de su control prenatal y las condiciones de su parto— son cruciales. En México, la reforma al Código Civil para el Estado de Tabasco publicada en 2016 introdujo un cambio importante sobre esta cuestión: la obligación de que un juez vigile y apruebe el contenido del contrato. La intervención de una autoridad jurisdiccional que vigile tanto la legalidad como el consentimiento de las partes, a diferencia de la simple certificación por parte de un notario público, podría contribuir a evitar situaciones de abuso y explotación.

VII. CONCLUSIONES

La discusión en torno a las cuestiones controvertidas de la gestación subrogada debe considerar la posibilidad de abusos ante contextos de desigualdad importantes, documentados ampliamente tanto en México como en otras regiones del mundo. Sin embargo, el establecimiento de prohibiciones legales, ya sean de carácter civil o, incluso, penal, lejos de eliminar la práctica o sus consecuencias, contribuye a situar a las partes en un estado de mayor vulnerabilidad, al tiempo que envía un mensaje por parte del Estado con respecto a las decisiones que pueden tomar las mujeres sobre su vida privada. Por estas razones se considera que, ante el panorama existente, se requiere una regulación clara en la materia, que evite establecer disposiciones discrimina-

³¹ Esto es claro, por ejemplo, en el caso de Lisa acompañado por el GIRE. Véase GIRE, *op. cit.*, pp. 28 y 50.

torias o situar a las partes en una mayor situación de vulnerabilidad bajo el argumento de “protegerlas”, pero que reconozca también las complejidades de la práctica.

La gestación subrogada implica el ejercicio de ciertos derechos humanos, entre ellos el derecho a la salud, a fundar una familia, a la igualdad, a la no discriminación, a la vida privada, a la autonomía reproductiva, a beneficiarse del progreso científico y a la identidad. El respeto a la autonomía reproductiva de las mujeres implica el reconocimiento de su capacidad de agencia, sin desconocer las complejidades de garantizar un verdadero consentimiento informado en situaciones de desigualdad. Al mismo tiempo, los compromisos adquiridos en materia de derechos humanos garantizan que las determinaciones establecidas en cuanto a cuestiones controvertidas no resulten discriminatorias o afecten los derechos de la infancia.

En el contexto de la gestación por sustitución, estas consideraciones deben llevar a un compromiso por encontrar regulaciones domésticas e internacionales que garanticen que dichos acuerdos puedan ejercerse en las mejores condiciones posibles para todas las partes. Para ello, es esencial que se escuche la voz de aquellas personas directamente involucradas en el proceso, cuyas experiencias, motivaciones e intereses deberían dar luz a las discusiones teóricas y prácticas sobre el tema. Sin ello, se corre el riesgo de establecer “protecciones” basadas en intuiciones morales, cuyas consecuencias negativas sean enfrentadas, precisamente, por aquellas personas cuyos derechos se buscaba garantizar.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBORNOZ, María Mercedes y LÓPEZ GONZÁLEZ, Francisco, “Marco normativo de la gestación por sustitución en México: desafíos internos y externos”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, nueva época, vol. 11, núm. 39, enero-junio de 2017, disponible en: <http://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/303/299>.
- ANDERSON, Elizabeth S., “Why Commercial Surrogate Motherhood Unethically Commodifies Women and Children: Reply to McLachlan and Swales”, *Health Care Analysis*, vol. 8, núm. 1, marzo de 2000.
- BAILEY, Alison, “Reconceiving Surrogacy: Toward a Reproductive Justice Account of Indian Surrogacy”, *Hypatia*, vol. 26, núm. 4, 2011.
- COREA, Gena, *The Mother Machine: Reproductive Technologies from Artificial Insemination to Artificial Wombs*, Londres, The Women’s Press Ltd., 1988.

- CORNELL LAW SCHOOL. INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS POLICY ADVOCACY CLINIC y NATIONAL LAW UNIVERSITY, DELHI, *Should Compensated Surrogacy Be Permitted or Prohibited?*, 2017, Cornell Law Faculty Publications, núm. 1551, disponible en: <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/1551>.
- FIGO, *Recomendaciones sobre temas de ética en obstetricia y ginecología*, Londres, Comité para el Estudio de los Aspectos Éticos de la Reproducción Humana, octubre de 2012, disponible en: <https://bit.ly/2Tew2sB>.
- FULDA, Isabel y TAMÉS, Regina, “Surrogacy in Mexico”, en DAVIES, Miranda, *Babies for Sale? Transnational Surrogacy, Human Rights and the Politics of Reproduction*, Londres, Zed Books, 2017.
- GIRE, *Gestación subrogada en México. Resultados de una mala regulación*, México, 2017, disponible en: <https://gestacion-subrogada.gire.org.mx/#/>.
- HUMBYRD, Casey, “Fair Trade International Surrogacy”, *Developing World Bioethics*, vol. 3, núm. 9, 2009.
- JOHNSON, Louise *et al.*, “Barriers for Domestic Surrogacy and Challenges of Transnational Surrogacy in the Context of Australians Undertaking Surrogacy in India”, *Journal of Law and Medicine*, vol. 22, núm. 1, 2014.
- KAMIN, Debra, “Israel Evacuates Surrogate Babies from Nepal but Leaves the Mothers Behind”, *Time*, 28 de abril de 2015, disponible en: <http://time.com/3838319/israel-nepal-surrogates/>.
- KIRBY, Jeffrey, “Transnational Gestacional Surrogacy: Does It Have to Be Exploitative?”, *American Journal of Bioethics*, vol. 14, núm. 5, 2014.
- KRISTINSSON, Sigurður, “Legalizing Altruistic Surrogacy in Response to Evasive Travel? An Icelandic Proposal”, *Reproductive Biomedicine and Society Online*, vol. 3, diciembre de 2016.
- LOZANSKI, Kristin, “Transnational Surrogacy: Canada’s Contradictions”, *Social Science and Medicine*, vol. 124, núm. C, 2015.
- LYNAM, Eleanor, “Cambodia Releases Detained Surrogates”, *BioNews*, núm. 979, 10 de diciembre de 2018, disponible en: https://www.bionews.org.uk/page_140307.
- MACKLIN, Ruth, *Surrogates & Other Mothers: The Debates over Assisted Reproduction*, Filadelfia, Temple University Press, 1994.
- ONU, “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 demuestre abusos sexuales de niños”, Resolución A/HRC/37/60, Nueva York, 15 de enero de 2018, disponible en: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/37/60&Lang=S.

- SATZ, Debra, *Why Some Things Should Not Be for Sale: The Moral Limits of Markets*, Nueva York, Oxford University Press, 2010.
- SMOLIN, David M., “Surrogacy as the Sale of Children: Applying Lessons Learned from Adoption to the Regulation of the Surrogacy Industry’s Global Marketing of Children”, *Pepperdine Law Review*, vol. 43, núm. 2, 2016, disponible en: http://pepperdinelawreview.com/wp-content/uploads/2016/02/Smolin_Final-no-ICR.pdf
- SNYDER, Steven H., “Reproductive Surrogacy in the United States of America”, en SILLS, E. Scott (ed.), *Handbook of Gestational Surrogacy. International Clinical Practice and Policy Issues*, Nueva York, Cambridge University Press, 2016.
- TAYLOR, Lucas, “Cambodia Bans Commercial Surrogacy Industry”, *BioNews*, núm. 876, 7 de noviembre de 2016, disponible en: https://www.bionews.org/uk/page_95766.
- WALKER, Ruth y VAN ZYL, Liezl, *Towards a Professional Model of Surrogate Motherhood*, Londres, Palgrave MacMillan UK, 2017.
- WERTHEIMER, Alan, “Two Questions about Surrogacy and Exploitation”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 21, núm. 3, 1992.
- WILKINSON, Stephen, “The Exploitation Argument against Commercial Surrogacy”, *Bioethics*, vol. 17, núm. 2, 2003.