

PRINCIPIO PRECAUTORIO PARA DISMINUIR LA EXPLOTACIÓN REPRODUCTIVA DE LA MUJER Y EL DAÑO A GENERACIONES FUTURAS EN LOS CASOS DE GESTACIÓN SUBROGADA

● María Sierra Pacheco*

* Doctora en Ciencias Penales y Política Criminal y maestra en Criminología por el INACIPE; licenciada en Derecho por la UNAM; perito en Criminología por el CJF con patente 1462-2020. Docente en las escuelas de enfermería del Instituto Nacional de Cardiología, Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias, Instituto Nacional de Neurología, así como en el Instituto de la Judicatura Federal del IJF y en el Instituto Nacional de Ciencias Penales. Miembro permanente del Seminario de Estudios Prospectivos de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México, miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

PALABRAS CLAVE

KEYWORDS

○ **Gestación subrogada**

Surrogacy

○ **Principio precautorio**

Precautionary principle

○ **Generaciones futuras**

Future generations

○ **Violencias**

Violence

Resumen. En la actualidad los avances científicos y tecnológicos en el área de la salud humana han llevado al límite los alcances del derecho, y en muchas situaciones, si no se miran desde la bioética, como es el caso de la gestación subrogada, contribuyen a la construcción de escenarios donde se explota la capacidad reproductiva de las mujeres, lo que crea condiciones de vulnerabilidad injustificadas para que otra persona pueda satisfacer lo que erróneamente se ha considerado como el derecho humano a la reproducción humana y a la vida familiar.

Por tratarse de un problema complejo que involucra además el futuro de la humanidad, se propone la incorporación del principio precautorio, que deriva de la bioética, a la discusión criminológica.

Abstract. Currently, scientific and technological advances in the area of human health have pushed the scope of the law to the limit, and in many situations, if they are not looked at from bioethics, as is the case of surrogacy, they contribute to the construction of scenarios where the reproductive capacity of women is exploited, which creates conditions of unjustified vulnerability for another person to satisfy what has wrongly been regarded as the human right to human reproduction and family life.

As it is a complex problem that also involves the future of humanity, it is proposed to incorporate the precautionary principle, which derives from bioethics, into the criminological discussion.

Fecha de recepción: 23 de diciembre de 2020

Fecha de aceptación: 15 de febrero de 2021

SUMARIO:

I. Introducción. II. La problemática de la gestión subrogada. III. El principio precautorio, origen, definiciones y elementos. IV. El enfoque criminológico. V. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

Dentro del sin fin de violencias que hoy en día se conocen y sancionan, hay una particularmente invisibilizada por la forma en que se interpretó el derecho humano a la reproducción humana y que se concreta en los casos de la gestación subrogada.

Las técnicas de reproducción asistida tienen muchas facetas. Algunas de ellas no representan dilemas bioéticos; sin embargo, la gestación subrogada, que jurídicamente se entiende como el “acuerdo mediante el cual una mujer se compromete a gestar en su vientre al hijo de otras personas y a entregarlo al término del embarazo, recibiendo a cambio una compensación que puede ser económica o de otro tipo” (Programa Universitario de Bioética, 2020), sí merece una reflexión mucho más profunda e interdisciplinaria para evitar la explotación de la capacidad reproductiva de las mujeres y el posible daño a las generaciones futuras.

Por consiguiente, es preciso contemplar la gestación subrogada de una forma distinta a como se ha venido haciendo con motivo de la interpretación del derecho humano a reproducirse, que en la legislación mexicana está previsto en el artículo 4 constitucional, y que requiere una revisión no solo argumentativa, sino también prospectiva. Así, el discurso criminológico, en este artículo, es el punto de partida para el recorrido del principio precautorio y para contribuir con un referente para las políticas públicas que permitan la disminución de los casos de violencia contra las mujeres en materia reproductiva.

La consideración de la universalidad del derecho a la reproducción colocó de manera inmediata a las mujeres como objetos de explotación por su capacidad reproductiva. El útero se convirtió en un espacio de dominio médico y jurídico para un producto comercial: el deseo de ser padres, que se satisface con la entrega del bebé en el parto.

El cuerpo de las mujeres se mira, una vez más, como un medio para lograr un fin, desgajando por completo al ser. Se pierde de vista la integridad

humana, se menoscaba la maternidad, se fragmentan la voluntad y la autonomía individual, se vulnera la dignidad de madres e hijos y, finalmente, se engaña a la intuición con discursos emotivos y sociales para que alguien pueda ejercer su derecho a la reproducción humana con el uso de las técnicas médicas de la reproducción asistida sin tomar en consideración los daños y las afectaciones que el acto genera, tanto a la madre como al bebé, motivo de los contratos de este tipo de servicio.

El tema, desde su presentación por parte del sector médico y jurídico que están a favor —sin duda, por lo lucrativo que les resulta—, utiliza eufemismos para diluir la verdad de las violencias que en el contexto se propician, legitiman y normalizan. Así, se habla de maternidad o gestación subrogadas para evitar nombrarlo como vientres de alquiler.

Pero para evitar un sesgo subjetivo en el análisis de la narrativa creada en torno a la problemática, en la presente reflexión se utiliza como eje el principio precautorio de la bioética con la intención de contar con una herramienta para disminuir la explotación reproductiva de las mujeres y el daño a las generaciones futuras desde la criminología con visión prospectiva.

II. LA PROBLEMÁTICA DE LA GESTACIÓN SUBROGADA

Hoy en día se puede observar cómo es que las libertades y los deseos de las personas para hacerlas exigibles frente a terceros atraviesan un proceso de normativización exacerbado que coloca a los Estados y sus instituciones en una posición que los obligan a realizar un reconocimiento de los mismos como derechos. Para que adquieran un mayor grado de relevancia, protección, ejercicio y garantía, algunas de esas libertades y deseos, a través de movilizaciones de la sociedad civil organizada, colectivos, debates y el uso de las redes sociales, han alcanzado la connotación de *derechos humanos*, lo que implica que se pueden plantear, gestionar y defender dentro de su correspondiente sistema nacional e internacional de interpretación, protección y garantía frente a las autoridades y sociedades.

Así, en este contexto, el deseo de ser padre o madre, con independencia de si se cuenta o no con una relación de pareja —ya sea homosexual o heterosexual—, se ha convertido en un tema controversial, pues la maternidad y la paternidad han trascendido al ámbito de lo público y lo político, en donde el Estado, por medio del discurso jurídico normativo, las ha elevado al grado de derecho humano, bajo los rubros, principalmente, de derechos sexuales y reproductivos.

A nivel mundial, la reproducción humana y el hecho de concebir hijos por medio de las técnicas de reproducción asistida han trastocado los límites del derecho en sus ramas civil, familiar, sucesoria, penal y administrativa, e incluso han llevado a replantear aspectos médicos, científicos, bioéticos, sociales, culturales y políticos.

Derivado de lo anterior, se han presentado una serie de situaciones que obligan a pensar en el futuro de la humanidad, pues se ha alterado la forma de concebir, gestar, nacer e integrar familias a nivel global, tanto a nivel genético como social. De ahí la importancia de plantear la gestación subrogada en el centro de una discusión compleja que requiere de conocimientos y saberes que permitan explicar los alcances multidimensionales de los vientres de alquiler en las sociedades contemporáneas, para con ello proponer su regulación político-normativa, de manera que disminuyan las violencias contra las mujeres por el solo hecho de contar con una capacidad reproductiva como la que brinda un órgano femenino: el útero.

Si bien en México la Constitución prevé en su artículo 4º que toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos, lo cierto es que este derecho, como muchos otros, tiene aspectos limítrofes; es decir, no puede ejercerse aún en contra de la libertad y dignidad de otras personas, como sucede cuando mamá y bebé son considerados objetos de contrato por fedatarios públicos y que quedan sujetos a las cláusulas de los acuerdos de voluntades sobre reproducción humana asistida y gestación subrogada. Hay muchos más aspectos involucrados y cuestiones implícitas que no se miran o que se disfrazan, por lo que parte de la intención de estas líneas es que deje de ser una violencia invisible contra mujeres y niños de diferentes partes del mundo que atenta contra su dignidad humana; es decir, que se deje de lado la indiferencia moral e insensibilidad hacia el sufrimiento de quienes se ven inmersos en este tipo de fenómeno y en cuyo alrededor se han construido estructuras, justificaciones y discursos que, desde una perspectiva criminológica, son actos adiafóricos en términos baumanos (Bauman, 2005) y no constituyen un ejercicio legítimo de los derechos humanos sexuales y reproductivos de las personas que desean cubrir sus necesidades maternas o paternas, como plantean muchas agencias y clínicas de reproducción asistida alrededor del mundo.¹

¹ Para conocer la visión de las agencias internacionales dedicadas a promover la gestación subrogada se sugiere revisar el contenido de la página: <https://www.babygest.es/mexico/> fecha de consulta 13 de noviembre de 2018.

Lo anterior ha abierto no solo en nuestro país sino a nivel mundial un número considerable de escenarios para lograr un embarazo exitoso y para que quienes acuden a este sistema de reproducción tengan hijos e integren sus familias, sin que exista una normatividad clara y puntual que brinde certeza jurídica, pues cada país —y en el caso de México cada entidad— cuenta con su propia regulación. Por ejemplo, Francia y Suecia lo tienen prohibido; Portugal en un primer momento lo permitía y posteriormente cambió su legislación por una de corte prohibitivo; Ucrania, India, Georgia, Grecia, Reino Unido y Tailandia sí lo tienen regulado a favor de la práctica, lugares a donde asisten personas de otros países para concebir a sus hijos a través de madres gestantes, lo que se conoce como turismo reproductivo; Tabasco y Sinaloa están en el mismo supuesto, contrario a lo que sucede en Querétaro y Coahuila; Costa Rica y España son casos que a través de litigios en las cortes constitucionales se han pronunciado al respecto.

Lo que se percibe es una necesidad imperante de que se entienda el problema y sus implicaciones y que se regule de manera homologada en el territorio nacional en armonía con los temas bioéticos que existen al respecto. Por lo tanto, el planteamiento aquí vertido se considera de vanguardia, trascendente y que atenderá un problema que parece ser tendencial y que puede afectar la dinámica social, impactar los derechos humanos y generar condiciones de vulnerabilidad en contra de mujeres y bebés si no se discute de manera integral e interdisciplinaria.

Lo cierto es que el discurso de los derechos humanos queda corto para analizar todos los casos, ya que todavía está en discusión si el debido respeto a la dignidad humana, aun tratándose del feto, está protegida desde el momento de la concepción o a partir de otro momento de la gestación, porque las implicaciones en este sentido llevan a incorporar la información que se desprende de la psicología perinatal, neurociencias, el vínculo materno-fetal, la epigenética y la biología del parto, entre otras disciplinas y sus discursos, pero que aún no logran acuerdos comunes; por lo tanto, se emplea el principio precautorio de la bioética para integrar una propuesta que disminuya las violencias en este contexto.

Dentro de las técnicas de reproducción asistida, muchas mujeres dan su consentimiento para ser madres gestantes, y por ello pueden o no recibir una compensación económica; sin embargo, hay otras situaciones en las que no sucede de esta manera, sino que son mujeres inmersas en lo que se ha denominado explotación reproductiva, tal y como sucede en los

casos de Ucrania (Zuil, 2018), la India (Rojas, 2018) y Tailandia (Domingo, 2018). En tales casos, esta vertiente del fenómeno se ha considerado como un problema de trata de personas, es decir, como un comportamiento delictivo que implica no solo la explotación sexual y reproductiva de las mujeres, sino también una violación a sus derechos humanos² y que además coloca a los bebés que son entregados a las personas que contrataron a las mujeres para gestar como si fueran un producto. Esto sucede así porque se tiene una visión de la gestación como si fuera un servicio, objeto de contrato y con un precio a pagar por el “producto de la gestación”.

En todos los casos y escenarios es necesario explorar cómo se da el fenómeno, pues se presume que es una modalidad de la violencia contra las mujeres que hoy se describe como invisible.

En la actualidad, con base en las técnicas de reproducción asistida existentes, es posible contemplar diversos escenarios para la gestación subrogada dependiendo de las personas involucradas, ya sea para proporcionar los gametos —sean el espermatozoides o los óvulos— o para llevar a cabo la gestación, además de los padres de intención, quienes recibirán al bebé al término del embarazo —es decir, en el parto— para integrar su familia y satisfacer su deseo de maternidad o paternidad, sin importar su estado civil o preferencia sexual. Sin embargo, en todas las hipótesis es necesario determinar todo aquello que se desprenda de los temas relacionados con el apego, la crianza, la lactancia, la psicología perinatal, las neurociencias y el embarazo, como la transformación de mujer-madre desde los arquetipos hasta los procesos fisiológicos que rodean y dan lugar al vínculo mencionado.

Por el momento, se cuenta a nivel nacional con el siguiente estatus normativo, que habrá que seguir de cerca tanto a nivel de discusión parlamentaria como en los debates sociales y políticos que de estas propuestas se deriven.³

² Se recomienda ver el informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños en el enlace: <http://undocs.org/es/A/HRC/37/60>, en virtud de que dicho informe establece de forma muy clara el contexto complejo de la explotación sexual y la relación con la explotación de la capacidad reproductiva de las mujeres y por lo tanto lo equipara y concibe dentro del tipo penal de trata de personas; fecha de consulta 12 de noviembre de 2018.

³ En virtud de la forma en que se estableció a nivel constitucional la competencia estatal y municipal para regular lo relativo a algunos temas de Salud, se debe tener en cuenta que aunque hay propuestas federales que serían de aplicación general para la gestación subrogada, la Ley General de Salud es la que contempla qué se entiende legalmente por reproducción humana, por lo que se sugiere ver la “Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se crea la Ley de Reproducción Humana Asistida y se reforman distintos artículos de la Ley General de Salud, a cargo de los senadores Fernando Castro Trenti del Grupo Parlamentario del PRI y Ernesto Saro Boardman del Grupo Parlamentario del PAN” en Senado de la República, LX Legislatura, *Gaceta del Senado*, México, núm. 237, lunes 28 de abril de 2008.

Tabla 1. Iniciativas presentadas al Congreso de la Unión 2008-2012

FECHA	LEGISLADOR/A	LEY
28 de abril de 2008	Senadores Fernando Castro Trenti (PRI) y Ernesto Saro Boardman (PAN)	Ley de Reproducción Humana Asistida Ley General de Salud
26 de agosto de 2009	Senadoras María del Socorro García Quiroz (PRI), María de los Ángeles Moreno (PRI) y senador Ramiro Hernández García (PRI)	Ley General de Salud
8 de abril de 2010	Diputada María Cristina Díaz Salazar (PRI)	Ley General de Salud
22 de abril de 2010	Diputada María del Pilar Torre Canales (PANAL)	Ley General de Salud
28 de julio de 2010	Diputada Leticia Quezada Contreras (PRD)	Ley de Subrogación Gestacional Ley General de Salud
14 de diciembre de 2010	Senador Julio Aguirre Méndez (PRD)	Ley General de Salud
13 de julio de 2011	Senadoras María de los Ángeles Moreno Uriegas, María del Socorro García Quiroz (PRI) y otros legisladores	Ley General de Salud
20 de diciembre de 2012	Senadora Maki Ortiz Domínguez (PAN) y otros legisladores	Ley de Reproducción Asistida Ley General de Salud

Fuente: elaboración propia.

Los estados de Sinaloa y Tabasco, principalmente, cuentan con clínicas de reproducción asistida que proporcionan el servicio de gestación subrogada bajo un marco legal local, y en la Ciudad de México se lleva a cabo celebrando contratos privados, ya sea ante notario público o involucrando a un juez de lo familiar para los aspectos filiales.

Si bien es cierto que a nivel constitucional se prevé el derecho a formar una familia, la Ley General de Salud en su artículo 68 y demás relacionados y su Reglamento en materia de investigación para la salud, capítulo IV

Disponble en [consulta: 31 de enero de 2013]. 12 “Iniciativa que reforma y adiciona los artículos 314 y 327 de la Ley General de Salud, a cargo de la diputada Oralía López Hernández del Grupo Parlamentario del PAN” en Cámara de Diputados, LXI Legislatura, *Gaceta Parlamentaria*, México, año XV, núm. 3427-IV, ya que cada entidad le ha dado un tratamiento distinto que versan desde aspectos meramente civiles o de filiación familiar hasta prohibición expresa, miércoles 11 de enero de 2012. Disponible en [consulta: 31 de enero de 2013].

“De la investigación en Mujeres en Edad Fértil, Embarazadas, durante el Trabajo de Parto, Puerperio, Lactancia y Recién Nacidos; de la utilización de Embriones, Óbitos y Fetos y de la Fertilización Asistida”, son la norma vigente para salud reproductiva, pero la gestación en esta modalidad no está regulada en estricto sentido.

En virtud de que hay una laguna legal importante y las violencias que se ejercen en estos contextos aún son invisibles por parte de la población, pero sobre todo por médicos, abogados y clínicas, se oferta el servicio sin considerar las implicaciones que conlleva, las cuales bien pueden ser catalogadas como explotación de la capacidad reproductiva de las mujeres, así como daños a generaciones futuras, pues el tema es tan complejo y poco explorado que lo mejor sería ubicarlo dentro de los dilemas bioéticos y anclarlo al principio precautorio para disminuir el ejercicio de las violencias contra las mujeres alrededor del mundo, que hoy en día se justifica a través de la universalidad del derecho humano a la reproducción.

Lo cierto es que la resistencia para usar o no el principio precautorio en la gestación subrogada por parte de algunos tomadores de decisiones en ocasiones puede ser motivada por un aspecto económico o el deseo de ganancia; es por ello que no se toma en cuenta para la regulación normativa o moral de esta práctica, lo que da lugar a una serie importante de incertidumbres y afectaciones a generaciones futuras que deben discutirse en el presente, ya que existe un compromiso social de las generaciones de hoy para con las del mañana, pero sobre todo una corresponsabilidad con la disminución de escenarios y situaciones que afecten a las mujeres por el hecho de ser mujeres.

III. EL PRINCIPIO PRECAUTORIO, ORIGEN, DEFINICIONES Y ELEMENTOS

Antes de introducir el principio precautorio al tema de violencias sociales, en específico a la modalidad de la violencia de género contra las mujeres en edad reproductiva, se considera necesario precisar por qué la bioética y los principios que derivan de ella resultan indispensables al momento de analizar la problemática que encierra la gestación subrogada.

Se parte de la idea fundamental de que la bioética permite analizar las problemáticas actuales desde su complejidad colocando en el centro de la discusión a *la vida*; sus postulados miran todas las filosofías, pero pondera el

carácter laico de la ideología; busca soluciones multidisciplinarias basadas en el equilibrio ecológico con base en el reconocimiento de la dignidad de todos los seres sintientes, lo que se traduce en el respeto a todos los seres vivos habitantes del planeta, lo que incluye al ser humano en los extremos de la vida: origen y muerte. Por lo tanto, se le puede considerar como un conversatorio multidisciplinario (Rivero Weber, 2021).

En síntesis, la bioética permite el entorno idóneo para que las diversas disciplinas, ciencias, saberes y experiencias concurren en las discusiones. De esta manera, la reflexión invita a participar al futuro para ser propositivo y se enfatiza el compromiso social intergeneracional de los actores.

Una vez puntualizado lo anterior, el principio precautorio es, en resumen, la idea fundamental de carácter moral que rige el pensamiento o la conducta con cuidados y atención especiales para evitar la generación de riesgos, peligros y daños, así como prevenir problemas futuros por la toma de decisiones del presente en casos en que no se conozca lo suficiente sobre las variables que integran los dilemas que se pretenden resolver a través de la bioética.

El principio precautorio, como lo considera Campos (2012), es un conjunto de enunciados de compromiso con algunos valores y tiene como punto de partida el ejercicio de la prevención para no dañar, no causar un riesgo o colocar a alguien en peligro, al igual que el principio de no maleficencia, que está contemplado en los principales códigos de ética para el personal de salud alrededor del mundo.

Lo que propone este principio, en sí, es que se tomen medidas contra daños potenciales —aun cuando no se sepa si efectivamente esos daños se producirán— y, en virtud de que hoy no se puede garantizar la imposibilidad de producirlos, pero hay un riesgo latente, que lo mejor para todos es no llevar a cabo actos que los pueden generar.

Ahora bien, el origen del principio de referencia, si bien es alemán y de aplicación medioambiental, poco a poco se fue introduciendo en instrumentos internacionales que velan por la salud de los seres humanos frente a los avances tecnológicos y científicos hasta llegar al aspecto de garantizar mejores condiciones para generaciones futuras en todas sus esferas, incluyendo a los demás seres vivos y al planeta. Esto es posible porque tiene como punto de partida el ejercicio de la prevención para no dañar —como ya se mencionó—, y propone que se tomen medidas contra esos daños de los que se desconoce su nivel de impacto; es decir, este riesgo se relaciona con la incertidumbre. En consecuencia, al estar estos puntos medulares en

el umbral de lo incierto, es preciso incorporar la visión prospectiva. Así, el análisis aunado con esta visión permite planear el futuro desde la toma de decisiones del presente y gestionar los riesgos, pero sobre todo disminuir las incertidumbres.

Se comparte la idea de que este principio está estrechamente relacionado con el principio de responsabilidad debido a que este, en su acepción de deber de cuidado, como especie humana demanda tomar una mayor conciencia sobre la necesidad de preservar al mundo y a los diversos componentes de la biósfera, con lo que se da respuesta al riesgo al que está expuesta la humanidad y el plantea con respecto a la amplia gama de factores que atentan contra la seguridad global, tal y como lo menciona Saruwatari Zavala (2012).

En conjunto, se busca anticipar eventos nocivos, atenuar el impacto en la sociedad, administrar la incertidumbre, proveer de un gran contenido ético que lleva implícita la responsabilidad ante los riesgos, peligros y daños; elementos que en los casos de explotación reproductiva de las mujeres se ha vuelto imperativo llevar a cabo.

IV. EL ENFOQUE CRIMINOLÓGICO

Se considera que es posible un análisis integral y profundo de la realidad y sus problemas actuales solo a través del pensamiento crítico, sistémico, producto de la reflexión, con reconocimiento de la complejidad y con visión prospectiva.

De momento, la humanidad está inmersa en la posnormalidad,⁴ imperan el caos, la contradicción y la incertidumbre (Zia, 2017). Los efectos de la globalización y los daños colaterales son cada vez más evidentes sin importar en qué parte del mundo se ubique uno. Ciertamente, esto lo mostró con mayor énfasis la pandemia por Covid-19 desde el primer caso hecho público en diciembre de 2019.

Garantizar el futuro de la población mundial se ha vuelto un reto que demanda la participación de todas las personas, la colaboración entre gobiernos y la disposición política de mejorar las condiciones de los habitantes del planeta. La corresponsabilidad es un asunto serio y requiere de

⁴ Este concepto se debe a Ravetz (filósofo británico) y a Funtowicz (matemático argentino), quienes se dieron cuenta de que el razonamiento científico ya no era plausible como antes, ya que ahora está relacionado con la complejidad, caos y contradicciones.

visiones que permitan identificar mejor los riesgos y posibles daños de las acciones presentes para evitarlos y garantizar un mejor futuro para las siguientes generaciones.

La tecnología, los avances científicos, el desarrollo de la inteligencia artificial, las rupturas epistémicas y la comprensión-explicación de cómo funciona el mundo en todos sus ámbitos han hecho indispensable replantear el rol de la ética en la toma de decisiones no solo gubernamentales o económicas, sino también personales. Las discusiones de esta índole permiten rectificar los caminos que se han tomado para mejorar los resultados; de ahí la importancia de integrar algunos temas a los dilemas de la bioética y desde ahí hacer las reflexiones necesarias para disminuir el impacto negativo de las decisiones del presente.

El pensamiento criminológico con visión prospectiva es una forma de dialogar con la bioética y extraer de ella al principio precautorio para aplicarlo en los casos de gestación subrogada con el objetivo de alcanzar la disminución de las violencias contra las mujeres en el contexto reproductivo y no dañar a generaciones futuras.

Por lo anterior, el punto de partida para integrar un referente objetivo en la disminución de las violencias que se presentan en los casos que se describen aquí es desde una postura criminológica prospectivista.

Para aplicar el principio precautorio se deben ponderar los riesgos de la acción contra los beneficios que generaría la misma. En los casos de gestación subrogada, lo que se ha suscitado en Ucrania e India, y en Tabasco (Zuil, 2020), en el caso nacional, es suficiente para detener estas prácticas en todo el mundo.

De forma adicional se deben comprender dos aspectos (Trejo, 2020) de suma importancia que justifican la aplicación del principio precautorio en los casos de gestación subrogada:

- a. Un útero gestando un embarazo no es un órgano aislado, pertenece a una mujer y lo que le suceda afecta directamente al desarrollo del bebé. Por ello, lo que ocurra durante las 36-42 semanas de gestación va a condicionar en gran medida el desarrollo infantil. Diversas investigaciones han revelado que la salud psicológica materna influye en el desarrollo fetal y que esto tiene repercusiones a lo largo del desarrollo del niño al asociarse con diferentes psicopatologías de inicio en la infancia, como los trastornos de conducta y los trastornos de aprendizaje.

- b. El bebé en gestación, independientemente sea por subrogación o no, espera encontrarse al nacer con la mujer que le ha gestado y que para él es su única madre. De no ser así, se produce la herida primal, que en los casos de subrogación es el trauma de la separación, porque ser separado de la madre, nada más nacer y probablemente no volver a verla, oír-la, sentirla ni amamantarse de ella, suponen un trauma y una pérdida enormes que bien son equivalentes a que su madre muera en el parto.

Si el principio precautorio está estrechamente relacionado con el principio de responsabilidad, debido a que la responsabilidad en su acepción de deber de cuidado demanda que se tome mayor conciencia sobre la necesidad de preservar al mundo, se amplía en el sentido de preservar también la salud integral de los seres humanos desde el origen de la vida, lo que incluye la gestación y el parto. Si también se vincula con la no maleficencia, entonces no es adecuado generar contextos en los que se vulnere la salud emocional y psicológica de la mujer gestante y mucho menos del bebé en formación durante su vida intrauterina.

Lo que se pretende desde el análisis que ofrece la criminología prospectivista junto con la bioética es hacer manifiesta la ética del cuidado, lo que implica garantizar las mejores condiciones para todos los seres humanos desde su concepción y origen. Por tanto, si la gestación subrogada no lo permite por los riesgos, daños y peligros que genera para la madre y el bebé, ante una incertidumbre latente del impacto que tiene el entorno de este tipo de gestación, es irresponsable propiciar estos escenarios aunque normativamente se haya avalado esta situación incluso por criterios jurisprudenciales en México, porque lo que hacen es contribuir a las manifestaciones, hasta hoy invisibles, de la violencia contra mujeres que se da en los casos de explotación de su capacidad reproductiva.

Parte de la motivación de esta reflexión es pugnar por el derecho humano al futuro para que este sea seguro, pleno y abundante en todo sentido, pero sobre todo consciente, por lo que se hace la revisión de los pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que abonan a la gestación subrogada, pero que deben reconsiderarse bajo los siguientes argumentos.

Los criterios de referencia son los dos siguientes:

FILIACIÓN DE UN MENOR DE EDAD NACIDO BAJO LA TÉCNICA DE MATERNIDAD SUBROGADA. ES DEBER DEL JUEZ ESTABLECERLA, AUN ANTE LA AUSENCIA DE REGULACIÓN ESPECÍFICA.

La ausencia de regulación expresa o específica sobre cómo establecer la filiación de los hijos nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, y particularmente de la llamada maternidad subrogada o útero subrogado, no debe erigirse en impedimento para que el Juez se pronuncie al respecto, no sólo porque el silencio de la ley no lo autoriza a dejar de resolver alguna controversia, sino porque en términos del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el goce y el ejercicio de los derechos humanos de las personas no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la propia Constitución establece y asimismo, todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, entre los cuales se encuentra el derecho a la identidad de los menores de edad y la necesidad de atender a su interés superior. En ese sentido, ante la realidad fáctica de un niño o una niña nacido bajo esta técnica, su derecho a la identidad y la protección a su interés superior exigen determinar la filiación que les corresponde, ya que tienen derecho a contar con todos los derechos derivados de la filiación, como los alimentarios y sucesorios, así como a recibir cuidados, educación, afecto y todo lo necesario para su adecuado desarrollo. Al respecto, debe determinarse si entre las reglas aplicables en materia de filiación y registro de nacimiento hay algunas que permitan atribuir la filiación, como lo serían la presunción de paternidad o el reconocimiento de hijos. Asimismo, debe tenerse presente que la demostración de un vínculo biológico no es un requisito indispensable para establecer la filiación sobre un hijo, como sucede en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, en las que opera al respecto la voluntad para concebirlo o voluntad procreacional y en el caso de la maternidad subrogada, es necesaria también la concurrencia de la voluntad libre de vicios de la madre gestante, y sobre la base de que dicha mujer debe ser mayor de edad y con plena capacidad de ejercicio.

Amparo en revisión 553/2018. 21 de noviembre de 2018. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien reservó su derecho para formular voto concurrente, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien reservó su derecho para formular voto concurrente, y Norma Lucía Piña Hernández, quien reservó su derecho para formular voto concurrente. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Mónica Cacho Maldonado. Esta tesis se publicó el viernes 11 de octubre de 2019 a las 10:21 horas en el Semanario Judicial de la Federación. (Tesis: 1a. LXXXVIII/2019, 2019: 1159)

El primer error que se vislumbra en esta opinión jurídica es que la maternidad subrogada es una técnica de reproducción asistida, cuando en realidad no lo es, ya que es un acuerdo, un contrato para que una persona pueda tener un hijo gestado por una mujer que le será entregado al momento de nacer, embarazo que es posible llevar a cabo a través de las técnicas de reproducción asistida. Es por ello que en el medio médico se habla de útero subrogado (OMS, 2020), pero solo es el órgano que pertenece a una mujer con autonomía, voluntad y libertad, por lo que no se le puede reducir a la categoría de *técnica*, que es un procedimiento o tratamiento, debido a que se trata de un ser humano.

La voluntad procreacional es contemplada en la tesis como relacionada directamente con la voluntad, pero no reconoce el nivel sistémico que esta característica humana tiene con la autonomía y la no maleficencia. Al plantearla de manera aislada a los demás principios, incluyendo el de responsabilidad, coloca de inmediato a las mujeres en desventaja por su capacidad reproductiva, ya que se genera una condición de vulnerabilidad, innecesaria, para que otro ser humano cumpla a capricho su voluntad procreacional. Y en la práctica médica-jurídica se le disfraza de acuerdo de voluntades contractual sin tomar en consideración todas y cada una de las violencias por las que atraviesan la madre gestante y el bebé durante su vida intrauterina que culminan con la herida primal (Olza, 2020) en el parto, que es a la vez el momento en el que se da por cumplido el contrato al entregar el bebé a la persona que fungirá como padre o madre de intención.

No es suficiente el acuerdo de voluntades para llevar a cabo un acto y mucho menos uno en la esfera de la salud de las personas. La concepción, la gestación, el parto, la lactancia materna y el puerperio están en esta esfera y se gobiernan por los principios éticos de autonomía, voluntad, libertad, justicia y no maleficencia, y de forma adicional por los de la bioética, el de responsabilidad y el precautorio.

La filiación claro que es un derecho a la identidad del cual todos gozamos, pero el punto medular no es la filiación en sí misma, sino la forma en que se está demandando su reconocimiento. No se puede sujetar la filiación a la voluntad procreacional, pues para que esta última sea cumplida por algunas personas tiene como requisito *sine qua non* explotar la capacidad reproductiva de las mujeres al contar con un órgano como el útero.

El segundo de los criterios a analizar dice a la letra:

DERECHO A LA VIDA FAMILIAR DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO.

A partir de las consideraciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la similitud entre las parejas homosexuales y heterosexuales en cuanto a su capacidad de desarrollar una vida familiar, la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación entiende que 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. (Tesis: 1ª./J. 8/2017, 2017: 127)

Por lo que hace a este segundo criterio es importante destacar que, aunque se base en una opinión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no significa que esté en lo correcto éticamente hablando.

Ampliar la capacidad de desarrollar una vida familiar hasta el punto de extenderlo a la procreación sin distinción alguna es sin más generar, de nuevo, una condición de vulnerabilidad para las mujeres, porque, por la forma en que se extiende el desarrollo de una vida familiar, resulta permisible con la explotación de la capacidad reproductiva de las mujeres, lo que genera violencia contra ellas por esa sola capacidad. Lo anterior, debido a que el útero se requiere para la procreación humana, pero no es un órgano aislado, sino que forma parte del cuerpo de una mujer que, si bien tiene autonomía y voluntad, también es responsable por el ser humano que gesta, y no es dable hacerlo de manera en que por un acuerdo de voluntades en los casos de gestación subrogada lleve la gestación atentando contra el bebé, propiciando riesgos, daños y peligros en su salud emocional y en el desarrollo infantil (Olza, 2018), cuyo impacto es incierto a corto, mediano y largo plazo para él en lo individual y para la humanidad en lo general.

A la luz de la criminología prospectivista y la bioética, se considera que en estos pronunciamientos se perciben de forma errónea los alcances que se tienen de los derechos humanos a la reproducción humana y a formar una familia bajo ciertos esquemas. Si bien es cierto que toda persona sin distinción alguna —sea de sexo, género, orientación sexual, estado civil— tiene derecho a reproducirse y tener una vida familiar, no todos los seres humanos lo pueden llevar a cabo sin someter a otros a la condición de medios para lograr el fin reproductivo. Y esto es lo que sucede en los casos de gestación subrogada: se considera de inmediato a la mujer gestante como objeto del contrato que hará posible la reproducción humana para la cual otro se encuentra imposibilitado.

Bajo esta tesitura, el útero se convierte, entonces, en el espacio contractual para que a través de las técnicas de reproducción asistida se le implante una célula fecundada, de gametos cuyo origen puede ser diverso —como se mencionó anteriormente—, y se geste en el periodo de entre 36 a 42 semanas para que al momento del parto se entregue al bebé a quien así lo manifestó en el contrato, sin tomar en cuenta los daños, riesgos y peligros que ello implica.

En conclusión, se tienen una laguna legal en México respecto a la regulación de la gestación subrogada, referentes internacionales de malas prácticas como Ucrania e India, así como una falta de armonización de

esta práctica contractual privada entre personas que tienen una imperiosa necesidad de satisfacer su voluntad procreativa sin considerar los posibles daños, peligros y riesgos. Debido a que estos elementos generan un escenario no solo de completa incertidumbre para la madre y el bebé, sino también un contexto lleno de violencias, lo más razonable es aplicar el principio precautorio de la bioética a los casos de este tipo de gestación para contribuir a la disminución de las violencias contra las mujeres que derivan de su capacidad reproductiva, garantizar un mejor futuro para las próximas generaciones y cumplir de forma responsable con el compromiso social y ético intergeneracional de un mundo mejor.

Así, el principio precautorio se considera indispensable para disminuir la explotación reproductiva de la mujer y el daño a generaciones futuras en los casos de gestación subrogada en tanto la Suprema Corte de la Nación no rectifique sus criterios y el legislador mexicano no regule con base en la bioética esta práctica en México. Así, el objetivo es, también, garantizar, desde las acciones y decisiones del presente, el derecho humano al futuro para que este sea seguro, pleno y abundante en todo sentido, pero sobre todo consciente.

V. FUENTES DE CONSULTA

- Alvarado, J. (2012). “El emocional uso de un concepto racional”. En Fernando Cano Valle, *El principio precautorio*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1ª edición, (p. 249-291). <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3141/11.pdf>
- Bello, E. (2012). “El principio precautorio y sus fundamentos filosóficos”. En Fernando Cano Valle, *El principio precautorio*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1ª edición, (p. 1-21). <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3141/4.pdf>
- Campos, A. (2012). “El principio precautorio ¿guía o extravío?”. En C. V. Fernando, *El principio precautorio* (págs. 293-315). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3141/12.pdf>
- Cano, F. (2012). “El principio precautorio”. En Fernando Cano Valle, *El principio precautorio*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1ª edición, (p. 23-48). <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3141/5.pdf>

- Domingo, F. (2018). “Un japonés contrató nueve vientres de alquiler en Tailandia”. *El mundo*. Obtenido de <https://www.elmundo.es/internacional/2014/08/07/53e3573a22601d3d168b4574.html>
- Feria, V. G. (2012). “El principio precautorio en la salud”. En Fernando Cano Valle, *El principio precautorio*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1ª edición, (p. 49-89). <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3141/6.pdf>
- Olza, I. (2018). “Los aspectos médicos de la gestación subrogada desde una perspectiva de salud mental, holística y feminista”. *Dilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, n° 28, (1-12). Obtenido de <https://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/412000243/600>
- Olza, I. (2020). “La herida primal: gestación subrogada y apropiación de bebés”. Ibone Olza. Obtenido de <https://iboneolza.org/2017/04/04/la-herida-primal-gestacion-subrogada-y-apropiacion-de-bebes/>
- Organización Mundial de la Salud, OMS (2020). *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS)*. Obtenido de https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1
- Programa Universitario de Bioética, PUB (2020). *Programa Universitario de Bioética de la UNAM*. Obtenido de www.bioetica.unam.mx/difusion
- Raglianti, B. (2011-2012). “El principio precautorio en el marco de la sociedad de riesgo”. *Debates Jurídicos y Sociales: Los Riesgos ante el Derecho*. Año 4, no. 4, (p. 61-72). <https://debatesjuridicosysociales.cl/ojs/index.php/djs/article/download/29/23>
- Rojas, A. G. (2018). “Se alquila vientre en India”. *El País*. Obtenido de https://elpais.com/diario/2008/08/03/sociedad/1217714403_850215.html
- Saruwatari Zavala, G. (2012). “Principios de precaución aspectos jurídicos”. En F. Cano Valle, *El principio precautorio* (págs. 203-247). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3141/10.pdf>
- Tesis: 1a./J. 8/2017 (2017). *Semanario Judicial del Poder Judicial de la Federación*. Registro digital: 2013531, Jurisprudencia, Materias(s): Constitucional, Décima Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tomo: Libro 38, Enero de 2017 Tomo I, p. 127

Tesis: 1a. LXXXVIII/2019 (2019). *Semanario Judicial del Poder Judicial de la Federación*. Registro digital: 2020789, Aislada, Materias(s): Constitucional, Civil, Décima Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tomo: Libro 71, Octubre de 2019 Tomo II, p. 1159.

Trejo, A. (2020). En el nombre del padre: Explotación de mujeres con fines reproductivos y venta de bebés recién nacidos. Obtenido de https://drive.google.com/file/d/1Qe0S_tp0BmAtKPPjH-AWtR4WTd-M44IXM/view

Zygmunt, B. (2005). *Ética posmoderna*, México, Siglo XXI Editores, p. 144.

Zuil, M. (2018). “‘Offshore’, hepatitis y tráfico de bebés: la clínica de subrogación tras el caos de Kiev”. *El Confidencial*. Obtenido de https://www.elconfidencial.com/espana/2018-08-31/biotexcom-trafico-bebes-clinica-gestacion-subrogada_1609912/

Zuil, M. (2020). “Después de Ucrania... México: el mercado de los vientres de alquiler tiene nuevo destino”. *El Confidencial*. Obtenido de https://www.elconfidencial.com/espana/2020-07-02/mexico-ventre-alquiler-gestacion-ucrania_2664664/

DOCUMENTOS INTERNACIONALES

Decálogo del Mar y Declaración de Derechos para la Futura Generación del Equipo Cousteau

Declaración de la Laguna 1994

Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras 1997

Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos 2005

