



Recibido: 15.01.2019. Aceptado: 22.04.2019

## **PROCEDENCIA DE LAS PRESTACIONES DE MATERNIDAD EN LA GESTACIÓN SUBROGADA**

### **GRANTING MATERNITY BENEFITS IN SURROGATE MOTHERHOOD**

**VERÓNICA LIDIA MARTÍNEZ MARTÍNEZ**

Profesora Investigadora de Derecho de la Seguridad Social. Facultad de Derecho

Universidad Anáhuac, Campus Norte. México.

[marb\\_cap@hotmail.com](mailto:marb_cap@hotmail.com)

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-7927-3006>

## **RESUMEN**

En el presente trabajo se analiza la procedencia de las prestaciones de maternidad en favor de las parejas que recurren a la gestación subrogada y cumplen con los requisitos establecidos en el sistema de Seguridad social correspondiente, a partir del derecho a tener una familia que brinde protección y cuidados al menor, el principio del interés superior el menor, así como el derecho de igualdad y el principio de no discriminación, cuya aplicabilidad ha sido decretada por los organismos de derechos humanos y los operadores jurisdiccionales en las sentencias dictadas. Asimismo, en el último apartado nos ocupamos del estudio de los derechos derivados de la Seguridad social y el sistema de seguros sociales como derechos subjetivos que también motivan y fundamentan la procedencia de las prestaciones de maternidad en los casos que tiene lugar el denominado alquiler de vientre.

**PALABRAS CLAVE:** Seguridad social, principios, prestaciones de maternidad, maternidad subrogada, contratos de maternidad subrogada.

## **ABSTRACT**

This paper analyzes the granting of maternity benefits in favor of couples who resort to surrogate pregnancy and comply with the requirements established in the corresponding social security system, from the right to have a family that provides protection and care to the child, the principle of the best interests of the child, as well as the right to equality and the principle of non-discrimination, whose applicability has been decreed by human rights organizations and jurisdictional operators in the judgments handed down. In addition, in the last section, we deal with the study of the rights derived from social security and the social insurance system as subjective rights that also motivate and base the origin of maternity benefits in the cases that take place the so-called belly rent.

**KEY WORDS:** Social security, principles, maternity benefits, surrogate motherhood, and surrogacy arrangement.

## **SUMARIO**

I. INTRODUCCIÓN

II. EL DERECHO A UNA VIDA FAMILIAR

III. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

IV. EL DERECHO DE IGUALDAD Y EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

V. LOS DERECHOS DERIVADOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y EL SISTEMA DE SEGUROS SOCIALES

VI. CONCLUSIÓN

## I. INTRODUCCIÓN

De forma equívoca es común utilizar como sinónimos los términos esterilidad e infertilidad, cuando desde el punto de vista médico, la esterilidad se refiere a la imposibilidad absoluta e irreversible de concebir<sup>1</sup> indica imposibilidad de efectuar la fecundación.<sup>2</sup> Mientras que en la infertilidad femenina es posible la fecundación, pero se trata de la patología propia de una mujer que no es capaz de lograr la viabilidad fetal<sup>3</sup> ante la pérdida sucesiva y reiterada de embarazos, una vez que han sido logrados. Cuando se presenta la esterilidad o la infertilidad no puede ser resuelta por vía quirúrgica o a través de tratamientos farmacológicos y surge la posibilidad de recurrir a la reproducción asistida.

Las técnicas de reproducción asistida consisten en aquellas formas artificiales de aplicación científica y tecnológica (biotecnología) que permiten la reproducción humana sin emplear la forma natural de procreación.<sup>4</sup> Por lo menos, este tipo de técnicas se presentan bajo las formas de inseminación artificial homóloga (IAH), heteróloga (IAD) e intraperitoneal (IAI), fecundación in vitro, fecundación con transplantes de embriones (FIVTE), transferencia intrauterina de gametos (TIG), transferencia de cigotos (preembriones en los primeros estadios de la fecundación) a las trompas de Falopio (ZIFT), transferencia de embriones en las trompas de Falopio en estadios más avanzados de desarrollo (TET), la inyección intracitoplasmática (ICSI), la transferencia de pronúcleos a las trompas de Falopio (PROST), la colocación de ovocitos y espermatozoides en el útero (TOAST) y la maternidad subrogada.

En la actualidad el alquiler de vientre se practica en países en los que se encuentra legalizado su ejercicio (como es el caso de México, Ucrania, India, Canadá, Grecia, Australia y Tailandia) así como en aquellos en los que se prohíbe por considerar que atenta contra la dignidad del ser humano, favorece el abandono, el tráfico y la venta de menores.

Y es que consideramos que el denominado alquiler de útero evidencia el retraso que existe en el ámbito jurídico respecto a la regulación de su praxis y de sus efectos que impactan no sólo en la esfera íntima de las personas que recuren a ella, sino trastocan todo el derecho, por lo que se derrumba la infranqueable dicotomía entre lo público, lo privado y lo social.

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, subrogar es sinónimo de sustituir, que significa poner a una persona o cosa en lugar de otra.<sup>5</sup> De ahí que la maternidad subrogada es la práctica mediante la cual una mujer fértil gesta en su vientre una criatura para otra mujer con la intención de entregarla después de que nazca.

---

<sup>1</sup> Farnós Amorós, Esther.; *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*. Barcelona. Atelier. 2011, p. 27.

<sup>2</sup> Loyarte, Dolores y Rotanda Adriana.; *Procreación humana artificial; un desafío bioético*. Buenos Aires, Depalma. 1995. p. 83.

<sup>3</sup> Soto Lamadrid, Miguel Ángel *Biogenética, filiación y delito.*; *La fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho*. Argentina. Astrea. 1990, p. 315.

<sup>4</sup> Valdiviezo García, Marcelo.; “La ingeniería genética y la maternidad asistida”. en *Revista Jurídica. Órgano Oficial del Colegio de Abogados de la Libertad. Perú*. número 134 (enero 1996-julio 1999), p. 141.

<sup>5</sup> Real Academia de la Lengua Española, Diccionario de la lengua española, disponible en <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=hlh6tqjTwD=hlh6tqjTwDXX2HZmVhhU> (fecha de consulta 2 de diciembre de 2018).

La maternidad subrogada no es una técnica de reproducción artificial, sino un acto<sup>6</sup> al que se recurre como consecuencia de la posibilidad de practicar una inseminación artificial o una fecundación in vitro, que emplea otro vientre y no el de la que desea la reproducción por la carencia congénita de ovarios o útero (síndrome de *Rokitanski*), la práctica de una histerectomía, al existir anomalías en la matriz o la presencia de una enfermedad grave que desaconseje el embarazo, además de los casos de las parejas homosexuales y personas solteras.

Conforme a la aportación de los gametos, la maternidad subrogada puede presentarse bajo las siguientes modalidades:

a. Subrogación total, plena o tradicional. En este caso la mujer contratada es inseminada y aporta sus propios óvulos, pero después de la gestación y el parto entrega al producto de la concepción. En la mayoría de las veces se insemina con el espermatozoides del padre comitente, aunque también puede ser el espermatozoides de un donante.<sup>7</sup>

b. Subrogación parcial o gestacional. En este método, al implantar los gametos en la madre subrogada mediante fertilización in vitro, da lugar a que el óvulo pueda pertenecer a la madre comitente o a una donante, pero no a la gestante, mientras que el espermatozoides puede ser aportado por el padre comitente o un donante.<sup>8</sup>

De acuerdo al fin, la gestación subrogada se distingue en:

a. Subrogación altruista. Se presenta cuando la madre *gestadora* (sic.) acepta llevar el procedimiento de maternidad subrogada de manera gratuita al existir lazos de amor, amistad o parentesco con la pareja contratante.<sup>9</sup>

b. Subrogación onerosa. En esta modalidad la madre gestadora recibe de la pareja contratante una contraprestación por concluir el embarazo y entregar al producto de la concepción al nacer.

Con independencia de los argumentos en favor de las distintas modalidades de la maternidad subrogada y de su disímil reglamentación en los países que se permite su praxis, la nulidad de los instrumentos o contratos de subrogación de vientre, no exime a las partes, a los estados y a la sociedad de las responsabilidades adquiridas y derivadas de su existencia, ni de los derechos que tienen los menores que son resultado del empleo de los métodos de reproducción asistida, además de las repercusiones jurídicas de índole familiar (filiación, registro de los menores, sucesiones), civil (naturaleza, elementos de existencia y validez del

---

<sup>6</sup> Cumpiano Alfonso, Flavio.; “¿Bebés a la orden? Consideraciones ético-jurídicas de la maternidad subrogada”. en *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*. Puerto Rico. volumen 56. 1 (enero-marzo de 1995), p. 78.

<sup>7</sup> Ortiz Sánchez, Ricardo “Gestación subrogada”, en *Revista Jurídica de Puerto Rico*, Puerto Rico, volumen 76, 4 (2007), p. 1200.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 1200.

<sup>9</sup> Hernández Ramírez, Adriana y Santiago Figueroa, José Luis.; “Ley de Maternidad Subrogada en el Distrito Federal”. en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México. nueva serie. XLIV. 132 (septiembre-diciembre de 2011), p. 1341.

contrato de subrogación), penal (punibilidad, responsabilidades de médicos y laboratorios), en materia de derechos humanos (reproductivos, de salud, laborales), así como en el ámbito de la seguridad social y de los seguros sociales, cuya procedencia de sus prestaciones, en favor de las parejas homosexuales y heterosexuales que llenen los requisitos legales exigidos por sus correspondientes esquemas de seguridad social, se considera que puede motivarse y fundamentarse en los siguientes derechos y principios:

1. El derecho a tener una familia que brinde protección y cuidados al menor;
2. El principio del interés superior del menor;
3. El derecho de igualdad y el principio de no discriminación, y
4. Los derechos derivados de la seguridad social y el sistema de seguros sociales.

Desde el punto de vista metodológico, con base en la doctrina y en la interpretación que han realizado los distintos organismos de derechos humanos, así como en las resoluciones emitidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión de Derechos Humanos, el Tribunal Supremo de Alemania y las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de Cataluña, Madrid, Castilla-La Mancha, Murcia, Canarias y del Tribunal Supremo en España, consultadas en sus páginas oficiales, se analiza la procedencia de las prestaciones de maternidad en la gestación subrogada a partir de los enlistados derechos y principios.

## II. EL DERECHO A UNA VIDA FAMILIAR

En la actualidad, la familia como unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, en particular de los menores<sup>10</sup> debe interpretarse en un sentido amplio, lo que permite incluir a los padres biológicos, adoptivos o de acogida y, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local.<sup>11</sup> Bajo esta línea, la noción de familia al no quedar reducida a las relaciones derivadas del matrimonio, puede incluso englobar otros vínculos familiares de facto, como cuando las partes cohabitan fuera de cualquier vínculo marital o la inexistencia del vínculo biológico.<sup>12</sup>

Todos los niños y niñas tienen derecho a una vida familiar,<sup>13</sup> en donde aprenden desde pequeños los valores y pautas que servirán como base para sus relaciones con otros sujetos en su entorno, además de que le son cubiertas sus necesidades afectivas, culturales y

<sup>10</sup> Preámbulo de la Convención sobre los Derechos de los Niños, en <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>, (fecha de consulta 23 de septiembre de 2018).

<sup>11</sup> Ibidem. Artículo 5 de la Convención sobre los Derechos de los Niños.

<sup>12</sup> La noción de familia ha sido establecida en los casos Johnston contra Irlanda, Sentencia 9687/82 de 18 diciembre 1986; Berrehab contra Holanda, Sentencia 10730/84 de 21 junio 1988; Keegan contra Irlanda, de 26 de mayo de 1994, recurso n.º 16969/90; Kroon contra Holanda, de 27 de octubre de 1994, recurso n.º 18535/91; Y., Y., Z. contra Reino Unido, de 27 de octubre de 1997, recurso n.º 21830/93; Wagner contra Luxemburgo, de 28 de junio de 2007, recurso n.º 76240/01 y Moretti y Benedetti contra Italia, 27 abril 2010, recurso n.º 16318/07, en Tribunal Europeo de Derechos Humanos; disponible en [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"languageisocode":\["FRE"\],"iternid":\["001-150770"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (fecha de consulta 24 de septiembre de 2018).

<sup>13</sup> Artículo 16 de la Convención sobre los Derechos de los Niños, op. cit.

materiales hasta que son capaces de satisfacerlas por sí mismos. Incluso el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el derecho de los menores a un nombre, a adquirir una nacionalidad y en la medida de lo posible a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

El deber de cuidado durante la niñez es indefectible, debido a que el individuo es un ser desprotegido y necesitado que requiere de la ayuda y protección de sus padres (sin importar su condición o preferencias sexuales) para asegurarle una existencia digna con independencia de la forma en que fue concebido. El estado de debilidad y la desnudez con que nace el ser humano; el número y la duración de los cuidados que requiere, imponen a sus padres deberes que no se llenan en un día y que forman el sólido fundamento de todas las relaciones familiares.<sup>14</sup>

El Comité de los Derechos del Niño ha determinado en la Observación General número 14 de 2013 que su objetivo no se expresa con la fórmula limitada o negativa "para proteger al niño de daños," sino en relación con el ideal amplio de garantizar el bienestar y el desarrollo del niño que abarca sus necesidades materiales, físicas, educativas y emocionales básicas,<sup>15</sup> dentro de las que se ubican las afectivas y de seguridad<sup>16</sup> es decir, el derecho de todo menor a la protección integral.

Además de las necesidades básicas sobre las que se edifican los derechos de los menores, existen las necesidades radicales, de mantenimiento y las de mejora. La finalidad de la satisfacción de las necesidades radicales es que se den las condiciones mínimas para que la vida humana sea viable. Por su parte, la satisfacción de las necesidades de mantenimiento procura que no disminuyan las condiciones que permiten gozar de la libertad, como no interferencia<sup>17</sup> según se deducen de una condición humana en niveles normales y generalizados. Y, por último, la satisfacción de las necesidades de mejora su objeto es la optimización de las posibilidades de crecimiento y desarrollo de los menores como un concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social.<sup>18</sup>

Los distintos niveles de necesidades constituyen deberes que no sólo requieren de ser atendidos por la familia, cuya función social es proveer a sus miembros de lo indispensable para un desarrollo humano pleno e integral,<sup>19</sup> sino también el Estado está legalmente obligado

---

<sup>14</sup> Planiol, Marcel y Ripert, Georges.; *Derecho civil*. Traducción de Leonel Pérez-Nieto Castro. México. Harla. 1997, p. 103.

<sup>15</sup> Comité de los Derechos de los Niños, Observación General número 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, párrafo 19; disponible en [http://www.unicef.cl/web/informes/derechos\\_nino/14.pdf](http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf) (fecha de consulta 22 de septiembre de 2018).

<sup>16</sup> *Ibidem*, párrafo 71.

<sup>17</sup> La libertad negativa o autonomía privada se concibe como la posibilidad de obrar o no obrar, es decir, como un espacio irreductible e inatacable de la persona frente a variadas intromisiones externas.

<sup>18</sup> Comité de los Derechos de los Niños, Observación general N° 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos de los Niños, párrafo 12, 27 de noviembre de 2003; disponible en <http://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/G034/G0345517.pdf>, (fecha de consulta 3 de noviembre de 2018).

<sup>19</sup> Pérez Contreras, María de Montserrat.; *Derechos de los padres y los niños*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-Cámara de Diputados LVII Legislatura. 2000, p. 4.

a resguardar la estabilidad de los menores en su núcleo familiar, evitar y paliar situaciones de desprotección en que los menores se hallen privados de los elementos necesarios que contribuyen a su desarrollo y al goce de sus relaciones familiares. Cuando los distintos tipos de necesidades básicas son asumidas formalmente por el Estado (*accountable*) se da paso al surgimiento de los derechos sociales que suponen la escisión entre derechos y necesidades.<sup>20</sup>

Dentro de los derechos sociales, los permisos de maternidad y paternidad comparten un objetivo común que es prioritario y fundamental: la protección de las relaciones entre los padres y los menores durante el período postparto, al evitar que la acumulación de las cargas que derivan del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturben dichas relaciones.<sup>21</sup> Prevenir la separación familiar y preservar la unidad de la familia son elementos importantes del régimen de protección de todo menor, cuya base se encuentra en el artículo VII de la Declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre,<sup>22</sup> en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>23</sup> y en el artículo 9, párrafo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño que adiciona el derecho de todo niño y niña a no ser separado de sus padres, excepto cuando tal separación es necesaria en el interés superior del menor.<sup>24</sup>

Lo anterior como lo ha interpretado el Comité de los Derechos del Niño también es aplicable a cualquier persona que tenga el derecho de custodia, los tutores legales o habituales, los padres adoptivos<sup>25</sup> y a los padres subrogados de acuerdo con los criterios de los órganos jurisdiccionales.<sup>26</sup>

---

<sup>20</sup> Prieto Sanchís, Luis.; *Estudios sobre derechos fundamentales*. España. Debate. 1990, p. 47.

<sup>21</sup> Vid. Caso Hofmann, 184/83, sentencias de 12 de julio de 1984, apartado 25, en Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Sari Kiiski, asunto C-116/16, sentencia de 20 de septiembre de 2007, párrafo 46, y Caso Marc Betriu Montull, sentencia de 19 de septiembre de 2013, párrafo 50.

<sup>22</sup> El carácter vinculante de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-10/89, de 14 de julio de 1989, "Interpretación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, párrafo 45; disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_10\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_10_esp1.pdf) (fecha de consulta: 5 de septiembre de 2018). Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; disponible en [https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n\\_Americana\\_de\\_los\\_Derechos\\_y\\_Deberes\\_del\\_Hombre\\_1948.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n_Americana_de_los_Derechos_y_Deberes_del_Hombre_1948.pdf) (fecha de consulta 12 de octubre de 2018).

<sup>23</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos; disponible en [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b32\\_convencion\\_amerociana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_amerociana_sobre_derechos_humanos.htm) (fecha de consulta 13 de octubre de 2018).

<sup>24</sup> Artículo 9, párrafo primero de la Convención sobre los Derechos del Niño, op. cit.

<sup>25</sup> Comité de los Derechos de los Niños, Observación General número 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, párrafo 60, op. cit.

<sup>26</sup> Sentencias en materia de maternidad subrogada de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sentencia de 23 de noviembre de 2012 (número de resolución 7985/2012, número de recurso 6240/2011). Sentencia de 9 de marzo de 2015 (número de resolución 1760/2015, número de recurso 126/2015). Sentencia de 15 de septiembre de 2015 (número de resolución. 5214/2015, recurso 2299/2015) y Sentencia de 19 de julio de 2016 (número de resolución 4766/2016, número de recurso 2965/2016). Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid: Sentencia de 18 de octubre de 2012 (número de resolución 668/2012, número de recurso 1875/2012). Sentencia de 13 de marzo de 2013 (número de resolución 216/2013, número de recurso 3783/2012). Sentencia de 17 de julio de 2015 (número de recurso 429/2015, número de resolución 625/2015). Sentencias de 16 de noviembre de 2016 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en España (número de recurso 3146/2014, número de resolución 953/16) Sentencia del Tribunal Superior de



En distintos fallos, los operadores jurisdiccionales han reconocido como un elemento fundamental en la vida de familia, la importancia de la protección de las relaciones entre los padres y los menores durante el periodo posterior al nacimiento del menor<sup>27</sup> y el disfrute mutuo de la convivencia entre los mismos,<sup>28</sup> los cuales también al producirse y reconocerse en el caso de la maternidad por subrogación, generan una interpretación que amplía la cobertura y el esquema de protección de los derechos de seguridad social a los padres subrogados, sin importar su condición y preferencias sexuales, y a los menores que son resultado de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, pues el órgano jurisdiccional no constriñe la regulación de las prestaciones de maternidad, a la madre biológica, sino que al condenar su otorgamiento y pago las hace extensivas por analogía a las personas que asumen la progenitura biológica (madre o padre) o una función similar (adopción, acogimiento familiar o en el alquiler de vientre).<sup>29</sup>

Asimismo, conforme a la sentencia pronunciada el 16 de noviembre de 2016 por el Pleno de la Cuarta Sala de lo Social del Tribunal Supremo en España, tanto las normas que regulan la suspensión por maternidad como las que articulan la prestación de maternidad desarrollan el mandato legal de protección a la familia y a la infancia, pues al ser el cuidado y atención del menor por parte de sus padres, ya sean biológicos o no, uno de los fines principales de todo sistema jurídico, es procedente el otorgamiento de las prestaciones de maternidad en favor de los padres subrogados, debido al reconocimiento que se hace de la importancia de la atención y protección de las especiales relaciones entre los padres y los menores durante el periodo posterior al nacimiento del menor.<sup>30</sup>

Con lo anterior se intenta disminuir los casos de niños, que al nacer al amparo de acuerdos de maternidad subrogada, se vean privados de padres, estatus legal, bienestar físico y psicológico, además de la debida protección en todos los ámbitos de su vida, pues a pesar de que, en países como Francia, Alemania, España e Italia se ha prohibido la práctica del alquiler de vientre, lo cierto es que el menor nacido en esas circunstancias forma con los padres comitentes un núcleo familiar, del que derivan relaciones familiares de facto, y como tal deben protegerse, siendo un medio idóneo la concesión de la prestación por maternidad<sup>31</sup> y paternidad, pues como lo considera el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la sentencia 881/2016, de 25 de octubre de 2016, es necesario

---

Justicia de Castilla la Mancha de 27 de mayo de 2015 (número de resolución 603/2015, recurso 1465/2014); Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 30 de marzo de 2015 (número de resolución 292/2015, recurso 931/2014) y Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Canarias en Las Palmas de Gran Canaria, de 4 de noviembre de 2016 (recurso 741/16).

<sup>27</sup> Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo español, de 9 diciembre 2002 (rec. 913/2002 ); 5 de mayo de 2003 (R° 2497/2002); 15 de septiembre de 2010 (n.° 2289/2009 de RJ 2010\7428), citadas en Sala de lo Social del Tribunal Supremo en España (número de recurso 3818/2015, Sentencia 881/2016, de 25 de octubre de 2016, op. cit.

<sup>28</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Buchberger contra Austria, Sentencia de 20 de diciembre de 2001, párrafo. 35. Caso K y T contra Finlandia, Sentencia de 12 de julio de 2001, párrafo 151. Caso Elsholz contra Alemania, Sentencia de 13 de julio de 2000, párrafo 43. Caso Btonda contra Italia, Sentencia de 9 de junio de 1998, párrafo 51 y Caso Johansen contra Noruega, Sentencia 7 de agosto de 1996, párrafo 52.

<sup>29</sup> Sentencias en materia de maternidad subrogada, op. cit.

<sup>30</sup> Sala de lo Social del Tribunal Supremo en España, número de recurso 3146/2014, número de resolución 953/16, Sentencia de 16 de noviembre de 2016.

<sup>31</sup> Sentencias en materia de maternidad subrogada, op. cit.

distinguir la nulidad del contrato de gestación por sustitución establecida en el derecho español de sus efectos,<sup>32</sup> dentro de los sobresales, la situación de necesidad del menor, a quien no puede perjudicar la nulidad del acuerdo de subrogación y privársele de sus derechos humanos, en particular el de inserción en el núcleo familiar.

### III. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

El principio-derecho del interés superior del niño o niña o interés superior del menor tiene como ámbito de aplicación personal a todas las personas menores de dieciocho años sujetas a la jurisdicción de un Estado parte sin discriminación alguna.<sup>33</sup>

De acuerdo con el Comité de los Derechos del Niño, el concepto de interés superior del menor es complejo, dinámico, flexible, adaptable, evaluable en cada caso y tridimensional. La tridimensionalidad reside en que al interés superior del menor se le puede conceptualizar como derecho sustantivo, principio de interpretación y norma procedimental.

Como derecho sustantivo el interés superior es un catálogo de valores, principios, interpretaciones, acciones y procesos dirigidos a forjar un desarrollo humano integral y una vida digna, así como a generar las condiciones materiales que permitan a los menores vivir de manera plena y alcanzar el máximo bienestar personal, familiar y social posible.<sup>34</sup> Bajo esta primera dimensión, el objetivo del interés superior del niño es garantizar el desarrollo holístico del menor,<sup>35</sup> así como el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por su parte, en su calidad de principio, el interés superior del menor sirve de directriz hermenéutica cuando una disposición jurídica admite más de una interpretación.<sup>36</sup> Bajo esta segunda dimensión, el interés del menor actúa como criterio rector en la toma de decisiones cuando se suscite un conflicto con otros intereses legítimos, como por ejemplo, el interés de los progenitores. En estos casos, la controversia deberá resolverse siempre primando el interés del menor.<sup>37</sup>

Mientras que como norma de procedimiento, siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un menor en concreto, a un grupo de niños y niñas en concreto o a los niños en general, el interés superior del menor opera como parámetro de estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) en el proceso de adopción de decisiones que se tomen

<sup>32</sup> Sala de lo Social del Tribunal Supremo en España, número de recurso 3818/2015, Sentencia 881/2016, de 25 de octubre de 2016, op. cit.

<sup>33</sup> Artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, op. cit.

<sup>34</sup> Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Apéndice 1917-Septiembre 2011. Tomo V. Civil Segunda Parte - TCC Segunda Sección - Familiar Subsección 1 -Sustantivo, Página. 1436, bajo el rubro: Interés superior del menor. Su concepto.

<sup>35</sup> El Comité de los Derechos del Niño espera que los Estados interpreten el término "desarrollo" como concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño. Comité de los Derechos de los Niños, Observación general N° 5, párr. 12, op. cit.

<sup>36</sup> Comité de los Derechos de los Niños, Observación General número 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial párrafo 6, op. cit.

<sup>37</sup> Miranda Estrampes, Manuel.; *La convención frente al desamparo del menor. En desarrollo de la Convención sobre los derechos del niño en España*. Barcelona. Bosch. 2006, p. 109.

en el caso concreto, por lo amerita que se justifique cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses de los menores frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.<sup>38</sup>

Un punto de coincidencia de los tres conceptos es la existencia de una evaluación de todos los elementos que operan en el interés superior del menor a partir de las circunstancias concretas del caso particular, pues cada niño es único e irrepetible, y como lo ha considerado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el interés superior del menor se fundamenta en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos,<sup>39</sup> con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcance de la Convención sobre los Derechos del Niño.<sup>40</sup>

Dentro de los elementos pertinentes que han de tomarse en cuenta para llevar a cabo la evaluación individualizada del historial de cada niño desde su nacimiento, con revisiones periódicas a cargo de un equipo multidisciplinario y los ajustes razonables que se recomienden durante todo el proceso de desarrollo del niño,<sup>41</sup> se encuentran: la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual, el contexto social y cultural de los niños, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, el entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores<sup>42</sup>.

Asimismo, con la finalidad de proporcionar orientación a los Estados y responsables de la toma de decisiones, cuando tuviesen que regular esferas específicas que afectan a los menores, como la legislación en materia de familia, adopción y justicia juvenil, el Comité de los Derechos del Niño elaboró una lista abierta de elementos a considerar cuando deba identificarse el interés superior del menor, los cuales son los siguientes:<sup>43</sup>

---

<sup>38</sup> Comité de los Derechos de los Niños, Observación General número 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial párrafo 6, op. cit.

<sup>47</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bulacio vs. Argentina. Sentencia de fondo, reparaciones y costas de 18 de septiembre de 2003, Serie C No. 100, párrafo 134.

<sup>40</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva 17/2002, Condición jurídica y derechos humanos del Niño, de 28 de agosto de 2002, párrafo 56.

<sup>41</sup> Comité de los Derechos de los Niños, Observación General número 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial párrafo 76, op. cit.

<sup>42</sup> Ibidem, párrafo 48.

<sup>43</sup> Ibidem, párrafos 52 a 79.

Elementos a considerar al identificar el interés superior del menor	
a. La opinión del menor.	d. La identidad del menor que abarca características como el sexo, la orientación sexual, el origen nacional, la religión, las creencias, la identidad cultural, la personalidad, aspectos personales, físicos, sociales y culturales, incluida la evolución de sus facultades y la preservación de los valores.
b. La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones familiares.	e. El cuidado, la protección y la seguridad del menor.
c. Situaciones de vulnerabilidad, como tener alguna discapacidad, pertenecer a un grupo minoritario, ser refugiado o solicitante de asilo, ser víctima de malos tratos, vivir en la calle, etc.	f. El derecho del niño a la salud, a su estado de salud y a la educación.

Elaborado por la Autora con base en la Observación número 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial del Comité de Derechos de los Niños.

De acuerdo con lo anterior, para evaluar el interés superior del menor, en primer lugar, hay que determinar cuáles son los elementos pertinentes en el contexto de los hechos concretos del caso, dotarlos de un contenido concreto, ponderar su importancia en relación con los demás, al no existir una jerarquía entre los distintos elementos y, en segundo lugar, hay que seguir un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la adecuada aplicación del derecho<sup>44</sup>.

Al no ser exhaustivos los elementos de la referida lista es posible no limitarse a ellos y tomar en consideración otros factores pertinentes conforme a las circunstancias específicas de cada menor o grupo de menores en concreto. No todos los elementos serán pertinentes en todos los casos, y pueden utilizarse de diferentes maneras de un caso a otro, aunque en los distintos casos es necesario la búsqueda de un equilibrio entre los elementos de la evaluación del interés superior del menor. Los elementos contrarios a los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño no pueden considerarse válidos al evaluar lo que es mejor para uno o varios niños<sup>45</sup>.

Ambos pasos del proceso de evaluación del interés superior del menor deben observarse en la práctica del denominado alquiler de vientre, como una realidad que se encuentra presente a nivel mundial y que el derecho está regulando sus efectos mediante normas individualizadas, como las dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>46</sup> que

<sup>44</sup> Ibidem, párrafo 46.

<sup>45</sup> Ibidem, párrafo 51.

<sup>46</sup> En el caso 25358/12, presentado por los esposos Paradiso y Campanelli contra el gobierno italiano así como en los interpuestos en contra de Francia por Mennesson (demanda n° 65192/11) y Labassee (demanda n° 65941/11), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha determinado que la denegación de la inscripción de la filiación de los menores nacidos en virtud de un contrato de gestación por sustitución en un país extranjero transgrede el derecho a la vida privada y familiar de los niños, consagrado en el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, bajo la consideración que la

han servido de parámetro a otros órganos jurisdiccionales<sup>47</sup> para resolver las controversias que produce la práctica de la subrogación de vientre.

Además de la justificación de las sentencias, es necesario que los operadores jurisdiccionales al pronunciarse sobre el interés superior del menor, expliquen cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.<sup>48</sup> Por supuesto, los métodos de solución de antinomias que operan en el caso de las reglas<sup>49</sup> y los principios<sup>50</sup> pueden ser herramientas útiles para la resolución de los conflictos que se pueden suscitar entre los distintos elementos de evaluación del interés superior.

---

noción de familia no se reduce a las relaciones fundadas en el matrimonio, sino puede atender a la calidad de éstas, e incluso englobar el papel asumido por el adulto hacia el niño u otros vínculos familiares de facto, como cuando las partes cohabiten fuera de cualquier vínculo marital o la inexistencia de vínculo biológico o cohabitación.

<sup>47</sup>La sentencia del Tribunal Supremo alemán (Bundesgerichtshof) pronunciada el 10 de diciembre de 2014, haciendo una interpretación restrictiva del orden público con especial atención en el interés superior del menor, dispone que el reconocimiento en Alemania de una resolución judicial de California relativa al establecimiento de filiación por maternidad subrogada no resulta contraria al orden público en el caso concreto, es decir, toda vez que se trata de madre gestante soltera y uno de los comitentes padre biológico, formando pareja registrada con otro varón. pero de manera expresa el tribunal se reserva la posibilidad de alcanzar un resultado distinto en situaciones diferentes, en particular en las que ninguno de los comitentes fuera el padre biológico del niño o en el que la madre gestante fuera la madre genética. Vid. Sentencia del Tribunal Supremo alemán (Bundesgerichtshof) de 10 de diciembre de 2014. Por su parte, la sentencia dictada el 2 de febrero de 2015 en el recurso 245/2012 por el Tribunal Supremo español -con especial referencia en las disimilitudes que existen con los casos Mennesson y Labasse- confirma la denegación de la inscripción de la filiación de unos menores nacidos de un vientre de alquiler en California, conforme a lo preceptuado en el artículo 10.1 de la Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Asistida determina que tales contratos al ser nulos de pleno derecho son incompatibles con el orden público. Sin embargo, en atención al interés superior del menor y la atenuación del orden público, dispone que debe permitirse la integración de los menores en su familia, y ante la falta de datos en el procedimiento sobre su situación familiar, insta al Ministerio Fiscal para que inicie las acciones pertinentes para determinar la correcta filiación de los menores y su protección dentro de su propio núcleo familiar a través de figuras como el acogimiento familiar o la adopción, lo cual revela el cumplimiento al artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

<sup>48</sup> Comité de los Derechos de los Niños, Observación General número 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial párrafo 6, op. cit.

<sup>49</sup> Los tres criterios clásicos de solución de antinomias en abstracto, internos o propios del discurso de validez que operan en el caso de las reglas son el cronológico que establece que la ley posterior deroga a la anterior (*lex posterior derogat priori*), el jerárquico que determina que frente a dos normas incompatibles prevalece la norma jerárquicamente superior (*lex superior derogat legi inferiori*) y el de especialidad que nos dirá que la ley especial deroga a la ley general (*lex specialis derogat legi generali*). Ante la insuficiencia de tales criterios, de acuerdo con CÁRDENAS GRACIA, surge un cuarto que dicta la aplicación de la norma que concede una libertad y no aquella que impone una obligación (*Lex permissiva es favorabilis, y una ley imperativa es odiosa*). Vid. Cárdenas Gracia, Jaime.; *La argumentación como derecho*. México. IJ-UNAM. 2005, p. 127.

<sup>50</sup> En el ámbito de los principios no es posible emplear el criterio "*lex posterior*", ya que dichos principios son coevos. Tampoco es posible emplear el criterio "*lex superior*", ya que los principios en cuestión poseen el mismo rango en la jerarquía de las fuentes. No es posible emplear el criterio "*lex specialis*", pues las clases de supuestos regulados por los principios de que se trata se entrecruzan y no existe entre las clases de supuestos regulados una relación género/especie. Los métodos de solución de antinomias entre principios son el uso de la cláusula del contenido esencial, el principio de razonabilidad, la cláusula de comunidad, la concordancia práctica y el de ponderación.

El interés superior del menor como principio interpretativo, que se antepone a cualquier otro principio en controversia, y como derecho sustantivo tendiente a forjar un desarrollo humano integral y una vida digna que permitan a los menores vivir de manera plena y alcanzar el máximo bienestar personal, familiar y social, es lo que ha privilegiado la procedencia de las prestaciones de maternidad en favor de los padres subrogados como puede advertirse en las sentencias dictadas por los órganos judiciales.<sup>51</sup>

#### **IV. EL DERECHO DE IGUALDAD Y EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN**

El principio-obligación de no discriminación, que deriva del derecho fundamental de igualdad de todas las personas en cuanto a su dignidad, es un deber básico, mínimo, inmediato, inderogable y de alcance general.<sup>52</sup>

La Observación General número 18 del Comité de Derechos Humanos define a la discriminación como toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basadas en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento<sup>53</sup> o cualquier otra condición social,<sup>54</sup> que tiene por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.<sup>55</sup>

Para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la discriminación constituye una negación del derecho a la igualdad,<sup>56</sup> lo que implica que el derecho de igualdad impone un deber correlativo de no discriminación. La igualdad de trato formal involucra la igualdad como equiparación y como diferenciación. El primer tipo de igualdad tiene en cuenta dos condiciones. La primera de ellas, consiste en el establecimiento de un criterio de equiparación como la dignidad, la razón o la esencia humana, y la segunda condición, como contenido de un derecho subjetivo, se trata de un elemento de carácter negativo: la ausencia de diferencias

---

<sup>51</sup> Sentencias en materia de maternidad subrogada, op. cit.

<sup>52</sup> Artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales; disponible en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx> (fecha de consulta 11 de octubre de 2018).

<sup>53</sup> La raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento constituyen los motivos expresos prohibidos de discriminación. Vid. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General número 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales E/C.12/GC/20, párrafos 15, 18 a 26, en Observaciones Generales aprobadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, op. cit.

<sup>54</sup> De acuerdo con la Observación General número 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dentro de los motivos implícitos comprendidos en la categoría de "cualquier otra condición social," el Comité enuncia de manera ilustrativa a los siguientes: discapacidad, edad, nacionalidad, estado civil y situación familiar, orientación sexual e identidad de género, estado de salud, lugar de residencia, situación económica y social. Vid. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General número 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales, en Observaciones Generales aprobadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, op. cit.

<sup>55</sup> Idem. Observación General número 18, párrafo 7.

<sup>56</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe número 80/11, caso 12.626. Fondo Jessica Lenahan (Gonzales) y otros, Estados Unidos, 21 de julio de 2011, párrafo 117.

en las posibilidades y capacidades jurídicas generales,<sup>57</sup> debidas a aspectos étnicos, religiosos, biológicos, culturales, entre otros, que puedan ostentar varios individuos o grupos humanos, lo cual se traduce en una prohibición de realizar todo tipo de actos u omisiones que atenten contra la dignidad propia del ser humano y que tengan como consecuencia la anulación o menoscabo de sus derechos.

Ambas condiciones que requieren de la abstracción de las diferencias irrelevantes para la equiparación se complementan con el principio de no discriminación que también posee un sentido negativo debido a que supone la necesidad de que las personas no sean sujetas a distinciones arbitrarias e injustas.<sup>58</sup>

En tanto que la igualdad de trato formal como diferenciación se conecta con la igualdad material e implica la regulación distinta de los casos a partir de un rasgo relevante con la finalidad de conseguir la igualdad ante la ley. La discriminación inversa o acción afirmativa es un ejemplo de este tipo de igualdad.<sup>59</sup>

La doctrina y la jurisprudencia distinguen a la discriminación de hecho (o de facto, o invisible) de la discriminación legal (o normativa, o de jure). El primer tipo de discriminación opera ante la ausencia de expresión de un criterio para excluir, restringir o menoscabar los derechos humanos de los miembros de un grupo determinado.<sup>60</sup>

Por su parte, la discriminación legal es la que se basa en un factor prohibido para excluir, restringir o menoscabar el goce o ejercicio de un derecho fundamental. Este segundo tipo de discriminación es la que suele operar en los casos de maternidad subrogada, en aquellos países en los que al vedarse el ejercicio de su praxis, se ha negado el reconocimiento y el ejercicio de los derechos humanos de los padres subrogados y del menor concebido a través del alquiler de vientre.

De esta manera, una vez que el demandante acredita la existencia de la discriminación normativa, la carga de la prueba (*onus probandi*) se invierte y el Estado queda obligado a demostrar la justificación de la medida. En la Opinión Consultiva número 18/03, de 17 de septiembre de 2003, la Corte Interamericana de Derechos Humanos al examinar las implicaciones de trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios, determinó lo siguiente:<sup>61</sup>

No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación

<sup>57</sup> Burgoa Orihuela, Ignacio.; *Las garantías individuales*. 12ª ed. México. Porrúa. 1979, p. 281.

<sup>58</sup> Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, *Programa de capacitación y formación profesional en derechos humanos. Fase básica 2. Herramientas para una comprensión amplia de la igualdad sustancial y la no discriminación*, México, CNDH, 2013, p. 11.

<sup>59</sup> Idem.

<sup>60</sup> Courtis, Christian.; *El mundo prometido. Escrito sobre derechos sociales y derechos humanos*. México. Fontamara. 2009, p. 176.

<sup>61</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03 Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. 17 septiembre 2003, párrafo 91.

en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.

A lo anterior se adicionan los cuatro criterios que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha fijado para evitar que cualquier distinción sea discriminatoria, los cuáles son los siguientes: i. Que sea aplicada en forma objetiva, ii. Que obedezca a una justificación razonable, iii. Que mantenga una cierta proporcionalidad entre la medida distintiva y la finalidad perseguida. iv. Que persiga un propósito legítimo en virtud del tratado respectivo,<sup>62</sup> no se encuentran presentes en el alquiler de vientre, en donde por el contrario, el Estado debe adoptar medidas especiales (en donde se incluyen las legislativas y políticas diferenciales) para que los niños y niñas, considerados como un sector históricamente desprotegido, disfruten de todos los derechos inherentes a su edad y condición humana.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos no titubea en afirmar que todos los seres humanos, con independencia de su condición existencial, son sujetos de derechos inalienables que les son inherentes y subraya el imperativo de atender a las necesidades del niño como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección.<sup>63</sup>

Asimismo, de acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados partes están obligados a tomar las medidas apropiadas para garantizar a todos los niños la igualdad efectiva de oportunidades en el disfrute de sus derechos y soslayar toda discriminación por causa de la condición o las preferencias sexuales de sus padres.

De acuerdo con la sentencia pronunciada el 16 de noviembre de 2016, el Pleno de la Cuarta Sala de lo Social del Tribunal Supremo en España determinó lo siguiente.<sup>64</sup>

“(…) de no otorgarse la prestación por maternidad, se estaría discriminando en el trato dispensado al menor, por razón de su filiación, contraviniendo los mandatos constitucionales y convencionales. La subrogación no es razón para desconocer el pleno goce del derecho humano mencionado, cuando no existen causas que justifiquen esa omisión (…)”

A este razonamiento se adiciona que los tribunales, al no limitar la regulación de las prestaciones de maternidad, a la madre biológica, sino que al hacerlas extensivas por analogía a las personas que asumen la progenitura biológica (madre o padre) o una función similar como ocurre en la adopción, el acogimiento familiar y el alquiler de vientre, la denegación de los efectos que produce ésta última figura, supone una vulneración del principio de

<sup>62</sup> Palacios Zuloaga, Patricia.; *La no discriminación. Estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación*. Santiago. Universidad de Chile. 2006, p. 34

<sup>63</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva 17/2002, Condición jurídica y derechos humanos del Niño, párrafo 28, Op. cit.

<sup>64</sup> Sala de lo Social del Tribunal Supremo en España, número de recurso 3146/2014, número de resolución 953/16, Sentencia de 16 de noviembre de 2016, Op. cit.



igualdad porque la diferente naturaleza de las instituciones no justifica la denegación de las prestaciones de maternidad en favor de sus beneficiarios al cumplirse los requisitos exigidos por el esquema de seguridad social aplicable.<sup>65</sup>

## **V. DERECHOS DERIVADOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y EL SISTEMA DE SEGUROS SOCIALES**

De manera general, el derecho humano a la seguridad social que descansa en el derecho de igualdad y el principio-obligación de no discriminación, se encuentra reconocido en los artículos 22, 23 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,<sup>66</sup> el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,<sup>67</sup> en el artículo XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,<sup>68</sup> así como en los artículos 45 b), h) y 46 de la Carta de la Organización de Estados Americanos.<sup>69</sup> En el principio número 4 de la

---

<sup>65</sup> Sentencias en materia de maternidad subrogada, Op. cit.

<sup>66</sup> Artículo 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad. Artículo 23. 1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. 2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. 4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses. Artículo 25. 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social. Declaración Universal de los Derechos Humanos, Op. cit.

<sup>67</sup> Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 9 del Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes. 2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; disponible en <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-52.html> (fecha de consulta 1 de noviembre de 2018).

<sup>68</sup> Artículo XVI. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia. Artículo XXXV. Toda persona tiene el deber de cooperar con el Estado y con la comunidad en la asistencia y seguridad sociales de acuerdo con sus posibilidades y con las circunstancias. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, op. cit.

<sup>69</sup> En el artículo 45 b) de la Carta de la Organización de Estados Americanos sea establece que el trabajo (como derecho y deber social) debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar. Por la forma en que se encuentra redactada la anterior disposición resulta evidente la referencia a las instituciones típicas de la

Declaración de los Derechos del Niño<sup>70</sup> y el artículo 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño se reconoce el derecho de los menores a acceder a la seguridad social y al seguro social.<sup>71</sup>

La Seguridad social al tener como objetivo el establecimiento de medidas para resolver las necesidades previsibles de los individuos, desde el presente con miras hacia adelante, lo que es posible resumir en la breve fórmula: “la seguridad de la existencia futura producirá la supresión del temor al mañana,” que Mario de la Cueva rubrica, en su obra *El nuevo derecho mexicano del trabajo*,<sup>72</sup> aminora la calidad de vida de los seres humanos, así como la tranquilidad y bienestar a nivel personal y familiar al denegarse el derecho laboral a la suspensión de las relaciones de trabajo y tener lugar la privación de la acción protectora de las prestaciones de seguridad social en favor de los padres subrogados y de los menores que son producto de la subrogación.

A mayor abundamiento de lo expuesto, los órganos jurisdiccionales han reconocido el carácter de derecho patrimoniales a las prestaciones de seguridad social,<sup>73</sup> lo que da lugar a que su desconocimiento o disminución por parte del Estado constituya una violación al derecho de propiedad que deriva, en la mayoría de las veces, de una relación laboral y de su financiamiento a cargo de la población asegurada.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que cuando un Estado contratante aplica una legislación que prevea el pago de una prestación social (dependa o no del pago previo de cotizaciones) debe considerarse que esa legislación crea para las personas que cumplen esas condiciones un interés patrimonial que se incluye dentro del campo de aplicación del artículo 1 del Protocolo n° 1.<sup>74</sup>

---

seguridad social, que aseguran el mantenimiento de un ingreso en caso de interrupción de la prestación de trabajo (vejez, incapacidad o invalidez, desempleo, maternidad, etcétera), y se extienden además a la familia del trabajador. Asimismo, en el artículo 45 h) de la Carta de la Organización entre las condiciones necesarias para lograr un orden social justo se reconoce el desarrollo de una política eficiente de seguridad social. En tanto que en el artículo 46 del mismo instrumento internacional prescribe la necesidad de armonizar la legislación social de los Estados miembros, en especial en el área laboral y de la seguridad social. Carta de la Organización de Estados Americanos, Op. cit.

<sup>70</sup> Principio 4 de la Declaración de los Derechos del Niño. El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados. Declaración de los Derechos del Niño; disponible en: <https://www.oas.org/dil/esp/Declaración%20de%20los%20Derechos%20del%20Niño%20Repubblica%20Dominicana.pdf> (fecha de consulta: 3 de septiembre de 2018).

<sup>71</sup> Convención sobre los Derechos del Niño en el Artículo 26. 1. Los Estados Partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional. 2. Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre. Convención sobre los Derechos del Niño, Op. cit.

<sup>72</sup> De la Cueva, Mario.; *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. Tomo II. México. Porrúa. 1979, p. 19.

<sup>73</sup> Vid. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cinco Pensionistas vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de febrero de 2003, párrafo 102.

<sup>74</sup> Vid. Caso Müller vs Austria, Comunicación No. 12555/03, Sentencia final 5 de enero de 2017. Caso Gaygusuz vs. Austria, Comunicación No. 17371/90, sentencia de 16 de septiembre de 1996. Caso Azinas vs

Incluso para el Tribunal de Estrasburgo al reconocerse en una sentencia la responsabilidad del organismo encargado de cubrir las prestaciones de seguridad social, su incumplimiento o la revisión del fallo transgrede el texto del artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales más conocido como Convenio Europeo de Derechos Humanos y los artículos 1 del Protocolo nº 1.<sup>75</sup>

De lo anterior se advierte que la falta de otorgamiento y pago de los beneficios de seguridad social en favor de las parejas que recurren al alquiler de vientre, sin importar su condición y preferencias sexuales, pero que reúnen los requisitos exigidos por sus correspondientes esquemas de seguridad social, se equipara a una violación del derecho de propiedad reconocido en la mayoría de los sistemas jurídicos nacionales y de protección de los derechos humanos.

Y es que la maternidad ha sido objeto de protección por parte de la Organización Internacional del Trabajo a través de los convenios y recomendaciones que establecen parámetros mínimos de cumplimiento para los Estados miembros en el ámbito del Derecho de la Seguridad Social. De acuerdo con el Convenio (número 3) sobre la protección de la maternidad, que define a la mujer como toda persona del sexo femenino, cualquiera que sea su edad o nacionalidad, casada o no, estipula el otorgamiento de la asistencia médica y el pago de prestaciones en dinero que sean suficientes para la manutención de la futura madre y la del hijo. El importe de las prestaciones monetarias será fijado por la autoridad competente en cada país.<sup>76</sup>

Por su parte, el Convenio (número 103) sobre la protección de la maternidad establece un período de licencia por maternidad de doce semanas y dispone que la duración del descanso obligatorio después del parto será fijada por la legislación nacional, pero en ningún caso será inferior a seis semanas. Cuando el parto sobrevenga después de la fecha presunta, el descanso tomado con anterioridad se prolongará hasta la fecha en que tenga lugar el parto, y la duración del descanso puerperal obligatorio no deberá ser reducida.

Por disposición del Convenio 103, las beneficiarias tendrán derecho a recibir prestaciones médicas y prestaciones monetarias. Las prestaciones médicas deberán comprender la asistencia durante el embarazo, la asistencia durante el parto y la asistencia puerperal, prestada por una comadrona diplomada o por un médico, y la hospitalización, cuando ello

---

Chipre, Comunicación No. 56679/00, sentencia de 20 de junio de 2002, párrafos 44 y 45. Caso Bellet, Huertas y Vialatte vs Francia, Sentencia de 4 de diciembre de 1995. Caso Kjartan Asmundsson vs. Islandia, Comunicación No. 60669/00, Sentencia de 12 de octubre de 2004, párrafo. 45.

<sup>75</sup> Vid. Caso Stran Greek Refineries y Stratis Andreadis vs Grecia, 9 de diciembre de 1994, párrafo 61, Comunicación 13427/87, Sentencia de 09 de diciembre de 1994. Caso Macovei y otros vs. Moldova, Comunicaciones Nos. 19253/03, 17667/03, 31960/03, 19263/03, 17695/03 y 31761/03, sentencia de 25 de abril de 2006, párrafo. 49-50. Caso Poznakhirina vs. Rusia, Comunicación No. 25964/02, sentencia de 24 de febrero de 2005, párr. 27-29. Caso Burdov vs Rusia, Comunicación No. 59498/00, sentencia de 7 de mayo de 2002, párrafos 40-41. Caso Pravednaya vs Rusia, Comunicación No. 69529/01, sentencia de 18 de noviembre de 2004, párr. 39-41. Caso Makarova y otros vs Rusia, Comunicación No. 7023/03, sentencia de 24 de febrero de 2005, párrafos 31-33.

<sup>76</sup> Convenio (número 3) sobre la protección de la maternidad, Adopción: Washington, 1ª reunión CIT (29 de noviembre de 1919). En vigor: 13 de junio de 1921. Estatus: pendiente de revisión.

fuere necesario; la libre elección del médico y la libre elección entre un hospital público o privado deberán ser respetadas. En tanto que las tasas de las prestaciones en dinero deberán ser fijadas por la legislación nacional, debiendo ser suficientes para garantizar plenamente la manutención de la mujer y de su hijo en buenas condiciones de higiene y de acuerdo con un nivel de vida adecuado.

De acuerdo con el Convenio 103 las interrupciones de trabajo, a los efectos de la lactancia, deberán contarse como horas de trabajo y remunerarse como tales en los casos en que la cuestión esté regida por la legislación nacional o de conformidad con ella. En los casos en que la cuestión esté regida por contratos colectivos, las condiciones deberán reglamentarse por el pacto colectivo correspondiente.<sup>77</sup>

Y, por último, el Convenio (número 183) sobre la protección de la maternidad reconoce como grupo protegido a todas las mujeres ocupadas, incluyendo las que desempeñan formas atípicas de trabajo dependiente, quienes tendrán derecho a las prestaciones médicas consistentes en la asistencia prenatal, la asistencia durante el parto y la asistencia después del parto, así como la hospitalización cuando sea necesaria.

Asimismo, a la presentación de un certificado médico o de cualquier otro certificado apropiado, a las beneficiarias se les concederá una licencia de maternidad de una duración de por lo menos 14 semanas. Esta licencia debe incluir un período de seis semanas de licencia obligatoria posterior al parto, a menos que se acuerde de otra forma a nivel nacional por el gobierno y las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores. El período prenatal de la licencia de maternidad deberá prolongarse por un período equivalente al transcurrido entre la fecha presunta del parto y la fecha en que el parto tenga lugar efectivamente. El Convenio 183 establece la concesión de una licencia suplementaria en caso de enfermedad o si hay complicaciones o riesgo de que se produzcan complicaciones como consecuencia del embarazo o del parto.

Las prestaciones pecuniarias deberán garantizar a la mujer y a su hijo condiciones de salud apropiadas y un nivel de vida adecuado. Cuando tales prestaciones deban fijarse con base a las ganancias anteriores, el monto de esas prestaciones no deberá ser inferior a dos tercios de tales ganancias. Cuando las prestaciones se determinen por otros métodos, el monto de esas prestaciones debe ser del mismo orden de magnitud que el que resulta en promedio de la determinación del monto de las prestaciones en base a las ganancias anteriores. Sin embargo, para todo Estado Miembro cuya economía y cuyo sistema de seguridad social no estén suficientemente desarrollados, el monto de las prestaciones pecuniarias fijado deberá ser por lo menos equivalente al de las prestaciones previstas para los casos de enfermedad o de incapacidad temporal de trabajo.<sup>78</sup>

A los convenios se adicionan las Recomendaciones 95 y 191. La Recomendación número 95 sobre la protección de la maternidad extiende a catorce semanas el período de licencia. Al

---

<sup>77</sup> Convenio (número 103) sobre la protección de la maternidad, (revisado). Adopción: Ginebra, 35ª reunión CIT (28 de junio de 1952). En vigor: 7 de septiembre de 1955 (revisado en 1952), Estatus: Actualizado.

<sup>78</sup> Convenio (número 183) sobre la protección de la maternidad, Adopción: Ginebra, 88ª reunión CIT (15 de junio de 2000). En vigor: 7 de febrero de 2002, Estatus: Actualizado.

amparo de este instrumento, las beneficiarias tendrán derecho a recibir prestaciones médicas y prestaciones monetarias. Dentro del primer tipo de prestaciones se encuentran la asistencia médica general y la asistencia por especialistas en el hospital o fuera de él, e incluso visitas a domicilio; la asistencia odontológica; la asistencia por una comadrona diplomada y otros servicios de maternidad, en el domicilio o en un hospital; la asistencia por enfermeras, en el domicilio, en un hospital o en cualquier otra institución médica; el mantenimiento, tanto en un hospital como en cualquier otra institución médica; el suministro de artículos farmacéuticos, dentales u otros artículos médicos o quirúrgicos, y la asistencia prestada, bajo un control médico apropiado, por miembros de cualquier otra profesión a los que legalmente se considere competentes para proporcionar servicios vinculados a la asistencia de maternidad.

Las prestaciones monetarias deberán ser fijadas por la legislación nacional, debiendo ser suficientes para garantizar plenamente la manutención de la mujer y de su hijo en buenas condiciones de higiene y de acuerdo con un nivel de vida adecuado.<sup>79</sup>

Por su parte, la Recomendación número 191 sobre la protección de la maternidad. contempla el mismo régimen de prestaciones que el Convenio número 183 que complementa, pero incrementa el período de licencia a dieciocho semanas y eleva las prestaciones monetarias a la totalidad de las ganancias anteriores de las beneficiarias. La Recomendación 191 establece la extensión de la licencia de maternidad en caso de nacimientos múltiples.

Asimismo, en el instrumento en comento se recomienda que en caso de fallecimiento de la madre antes de acabarse el período de licencia postnatal, al padre del niño, si tiene un empleo, debería concedérsele una licencia de una duración equivalente al tiempo que falte para que expire el período de la licencia posterior al parto concedida a la madre. En tanto que en caso de enfermedad o de hospitalización de la madre después del parto y antes de que expire el período de licencia posterior al parto, si ésta no puede ocuparse del hijo, al padre que cuente con un empleo, debería otorgársele una licencia para ocuparse del hijo de una duración equivalente al tiempo que falte para que expire el período de licencia postnatal concedida a la madre, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales.<sup>80</sup>

De acuerdo con un informe de la OIT la duración de la licencia y la remuneración percibida por maternidad en los Estados Miembros, son las siguientes.<sup>81</sup>

País	Duración de licencia	Remuneración	País	Duración de licencia	Remuneración
Angola	90 días	100	Argelia	14 semanas	100
Benin	14 semanas	100	Botswana	12 semanas	25
Burkina Faso	14 semanas	100	Burundi	12 semanas	50
Camerún	14 semanas	100	Rep.	14 semanas	50

<sup>79</sup> Recomendación (número 95) sobre la protección de la maternidad.

<sup>80</sup> Recomendación (número 191) sobre la protección de la maternidad.

<sup>81</sup> Organización Internacional del Trabajo, *Maternity and paternity of work, Law and practice across the world*, Geneva, ILO, 2014, pp. 132-140 y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Duración de la licencia de maternidad, licencia parental y licencia pagada del padre*, 2016, disponible en: <https://stats.oecd.org/index.aspx?queryid=54760> (fecha de consulta 22 de abril de 2019).

			Centroafricana		
Chad	14 semanas	50	Comoras	14 semanas	100
Congo	15 semanas	100	Côte d'Ivoire	14 semanas	100
Rep. Dem. del Congo	14 semanas	67	Djibouti	14 semanas	50. 100 empleados públicos
Egipto	3 meses	100	Etiopía	90 días	100
Gabón	14 semanas	100	Gambia	12 semanas	100
Ghana	12 semanas	50	Guinea	14 semanas	100
Guinea-Bissau	60 días	100	Guinea Ecuatorial	12 semanas	75
Kenya	3 meses	100	Lesotho	12 semanas	0
Libia	14 semanas	50	Madagascar	14 semanas	100
Mali	14 semanas	100	Marruecos	12 semanas	100
Mauricio	12 semanas	100	Mauritania	14 semanas	100
Mozambique	60 días	100	Namibia	12 semanas	Variable
Niger	14 semanas	50	Nigeria	12 semanas	50
Rwanda	12 semanas	67	Santo Tomé y Príncipe	60 días	100 durante 60 días
Senegal	14 semanas	100	Seychelles	14 semanas	Subsidio uniforme
Somalia	14 semanas	50	Sudáfrica	4 meses	45
Sudán	8 semanas	100	Swazilandia	12 semanas	0
Tanzania	84 días	100	Togo	14 semanas	100
Túnez	30 días	67	Uganda	8 semanas	100
Zambia	12 semanas	100	Zimbabwe	98 días	60/75
Antigua y Barbuda	13 semanas	60	Argentina	90 días	100
Bahamas	12 semanas	100	Barbados	12 semanas	100
Belice	14 semanas	80	Bolivia	90 días	100 de salario mínimo; 70% de salarios sup. al mínimo
Brasil	120 días	100	Canadá	17-18 semanas	55 por 15 semanas
Chile	18 semanas	100	Colombia	18 semanas	100
Costa Rica	120 días	100	Cuba	18 semanas	100
Dominica	12 semanas	60	Rep. Dominicana	12 semanas	100
Ecuador	12 semanas	100	El Salvador	12 semanas	75
Estados Unidos	12 semanas	0	Guatemala	84 días	100
Guyana	13 semanas	70	Haití	12 semanas	100 por 6 semanas
Honduras	84 días	100 por 10 semana	Jamaica	12 semanas	100 por 8 semanas
México	12 semanas	100	Nicaragua	12 semanas	60
Panamá	14 semanas	100	Paraguay	12 semanas	50 por 9 semanas
Perú	90 días	100	Trinidad y Tobago	13 semanas	60-100
Uruguay	12 semanas	100	Venezuela	26 semanas	100
Afganistán	90 días	100	Arabia Saudita	10 semanas	50 ó 100
Bangladesh	16 semanas	100	Camboya	90 días	50
China	98 días	100	Rep.de Corea	60 días	100
Emiratos Árabes Unid.	45 días	100	Fiji	84 días	Subsidio uniforme
Indonesia	3 meses	100	Irán	90 días	66.7 por 16

					semanas
Iraq	62 días	100	Japón	14 semanas	60
Jordania	10 semanas	100	Kuwait	70 días	100
Líbano	7 semanas	100	Malasia	60 días	100
Mongolia	120 días	70	Myanmar	12 semanas	66.7
Nepal	52 días	100	Nueva Zelanda	14 semanas	0
Paquistán	12 semanas	100	Guinea	6 semanas	0
Qatar	50 días	100 (funcionarios)	Singapur	16 semanas	100
Siria	120 días	100	Sri Lanka	12 semanas	100
Tailandia	90 días	100 por 45 días. 50 por 15 días	Vietnam	6 meses	100
Yemen	60 días	100	Alemania	14 semanas	100
Austria	16 semanas	100	Bélgica	15 semanas	82 por 30 días, el resto 75
Bulgaria	410 días	100	Chipre	16 semanas	75
Dinamarca	18 semanas	100	España	16 semanas	100
Finlandia	4 meses	80	Francia	16-26 semanas	100
Grecia	43 semanas	100	Hungría	24 semanas	100
Irlanda	26 semanas pagadas más 16 semanas que no pagan	80 o subsidio fijo	Islandia	3 meses	80
Israel	14 semanas	75	Italia	5 meses	80
Liechtenstein	8 semanas	80	Luxemburgo	16 semanas	100
Malta	18 semanas	100	Noruega	35-45 semanas	100 más 26 semanas pagadas
Países Bajos	16 semanas	100	Polonia	26 semanas	100
Portugal	120-150 días	100	Reino Unido	52 semanas	90 por 6 semanas, abajo del 90% de la semana 7 a 39. Semanas 40 a 52 no se pagan.
Rumania	126 días	50-94	Rusia Federación	140 días	100
Suecia	16 meses	Licencia parental de 450 días: 75% por 360 días; subsidio fijo por 90 días	Suiza	14 semanas	80
Turquía	16 semanas	66.7	Ucrania	126 días	100

Elaborado por la Autora con base en los Informes de la OIT y la OECD.

Un aspecto que es importante destacar es que las prestaciones de seguridad social, al ser parte del contenido esencial de los derechos reproductivos,<sup>82</sup> su denegación constituye una violación a la autonomía reproductiva y a las obligaciones de respeto, protección y garantía que imponen este tipo de derechos humanos a los aparatos estatales en favor de quienes han recurrido a las técnicas de reproducción humana como un medio para lograr la reproducción.

<sup>82</sup> Instituto Interamericano de Derechos Humanos.; *Los derechos reproductivos son derechos humanos*. San José. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 2008, p. 27.

Por supuesto, un concepto fundamental que sirve de puente entre los derechos reproductivos y la justicia social (en la que se ubican los derechos de seguridad social) es la justicia reproductiva que busca transformar los desequilibrios de poder que se originan a partir de dinámicas de género, clase, raza, etnia, discapacidad, etcétera, para crear un cambio sistémico que permita a todas las personas gozar de los recursos sociales, políticos y económicos necesarios para tomar decisiones sobre su cuerpo, su sexualidad y su familia.<sup>83</sup>

## VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

Con independencia de los aspectos éticos, morales, médicos, sociales, políticos y económicos, la maternidad subrogada es una realidad, pues ante la necesidad de ejercer los derechos reproductivos, la prohibición de su praxis no ha limitado su ejercicio, ya que se recurre a países donde se encuentra legalizada o permite.<sup>84</sup>

Los órganos jurisdiccionales, a pesar de la anomia que impera en el caso de la subrogación de vientre, han tenido que resolver las distintas controversias que derivan de su práctica, dictando normas individualizadas en la que los principios de interpretación, entre los que destacan, el interés superior del menor y de no discriminación con su correlativo derecho de igualdad aunados a los derechos humanos de los menores son las directrices que han servido como herramientas hermenéuticas para resolver tales conflictos a partir del derecho.

Ante el derrumbe de la dicotomía entre Derecho público y privado que ha provocado el alquiler de vientre, cuyos efectos permean a todos los sistemas jurídicos es ineludible su regulación conforme a su naturaleza, características y peculiaridades propias con especial cuidado en el interés superior del menor, los derechos humanos de las partes que recurren a ella, sobre todo en lo referente a los derechos inherentes a la persona, entre los cuales sobresalen la vida, la dignidad humana, así como la intimidad personal y familiar.

Las prestaciones de Seguridad social constituyen derechos humanos, cuyo otorgamiento trae aparejado el disfrute de otros derechos de orden público, entre los que destacan el derecho a una vida familiar, el deber de cuidado, la protección y el desarrollo de los menores, sin importar la manera en que fueron concebidos y de la condición o las preferencias sexuales de sus padres, siendo corresponsables en su respeto, cumplimiento y garantía la familia, tutores o en quien recaiga la patria potestad, así como los Estados hasta el máximo de recursos públicos de que dispongan, a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos humanos reconocidos en la Convención sobre los Derechos de los Niños en favor de todos los menores.

---

<sup>83</sup>Kimala Prince.; “¿What is reproductive justice?: How women of color activists are redefining the pro-choice paradigm”. *Meridians*. Vol. 10. número 2. 1º de abril de 2010, pp. 42-65.

<sup>84</sup> La negativa de los gobiernos de Italia y Francia de inscribir la filiación de los menores nacidos en virtud de un contrato de gestación por sustitución en un país extranjero dio lugar a lo casos 25358/12, presentado por los esposos Paradiso y Campanelli contra Italia así como en los interpuestos en contra de Francia por Mennesson (demanda nº 65192/11) y Labassee (demanda nº 65941/11).