

¿Es sólo cuestión de tiempo? La regulación de la reproducción asistida y el embarazo subrogado en México *Is it only a question of time? The regulation assisted reproduction and surrogate pregnancy in Mexico*

Graciela Jasa Silveira* & Rebeca Moreno Coca**

RDP

RESUMEN

Este trabajo examina los factores detrás de la inercia legislativa en relación a la regulación de técnicas de reproducción asistida en general centrandó el análisis en el embarazo subrogado en México. Se analiza por qué a pesar de los marcados avances en el reconocimiento de derechos reproductivos y de derechos de parejas del mismo sexo en México persiste la falta de una política nacional sobre reproducción asistida y embarazo subrogado. Expone como cuestiones de federalismo, la complejidad normativa a nivel federal y estatal y la priorización de los derechos humanos ha hecho la regulación de la reproducción asistida y embarazo subrogado en México es una tarea mucho más polémica.

PALABRAS CLAVE: reproducción asistida; embarazo subrogado; derechos reproductivos y de derechos de parejas del mismo sexo; federalismo; Corte Interamericana de Derechos Humanos.

* Investigador postdoctoral 2014-2015, Centro de Investigación y Educación sobre Derechos Humanos, Universidad de Ottawa, Ontario, Canadá (gjasa@uottawa.ca) y catedrática en la Universidad Carleton, Ottawa, Ontario, Canadá. La investigación que dio origen a este artículo fue posible gracias al apoyo institucional y financiero recibido por parte del Centro de Investigación y Educación sobre Derechos Humanos de la Universidad de Ottawa.

** Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho.

GRACIELA JASA SILVEIRA / REBECA MORENO COCA

ABSTRACT

This paper examines the factors behind the apparent legislative inertia surrounding the regulation of artificial reproductive technologies with a focus on surrogate pregnancy in Mexico. In spite of the genuine advances in the recognition of reproductive rights and same-sex rights in Mexico, a comprehensive national policy on assisted reproduction and surrogate pregnancy continues to be lacking. This paper explains how federalism, the complexity of federal and state norms, and the prioritization of human rights have made assisted reproduction and surrogate pregnancy a much more contentious task.

KEY WORDS: assisted reproduction; surrogate pregnancy; reproductive rights and rights of same sex partners; federalism; Interamerican Court of Human Rights.

Sumario

1. Introducción
2. Complejidad como obstáculo en la tendencia liberal mexicana en materia de derechos reproductivos
3. Vacíos jurídicos a nivel federal en relación a métodos de reproducción asistida y embarazo subrogado
4. Estados: laberintos jurídicos en materia de derecho familiar
5. ¿Es sólo cuestión de tiempo para que se apruebe una iniciativa sobre la reproducción asistida y embarazo subrogado?
6. Conclusiones
7. Fuentes consultadas

1. Introducción

A pesar de la falta de datos precisos, se sabe que la práctica de técnicas de reproducción asistida y el embarazo subrogado en México va en aumento. La Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, asociación no lucrativa que en 2010 agrupaba a treinta y tres centros y médicos en México, reportó la realización de casi cinco mil procedimientos generales de reproducción asistida humana en los centros afiliados.

¿ES SÓLO CUESTIÓN DE TIEMPO? LA REGULACIÓN DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA...

Para 2012, esa cantidad se aumentó radicalmente a 82,000.¹ Organizaciones que investigan la industria estiman que a nivel Latinoamérica, México está en tercer lugar en número de tratamientos de reproducción asistida, y en cuarto lugar a nivel mundial en número de clínicas reportadas y número de procedimientos.² Sin embargo, se considera que aumentará la demanda de estos servicios por la clientela internacional, en especial por las recientes restricciones en países paraíso para el embarazo subrogado como India³ y Tailandia, y la falta de regulación del embarazo subrogado en México.⁴⁵ A pesar de la polémica desatada con el auge del uso de técnicas de reproducción asistida y el embarazo

¹ Véase noticia “Falta legislar sobre reproducción asistida en México”, *Informador Mx*, 13 de abril de 2014, disponible en: <http://www.informador.com.mx/suplementos/2014/522872/6/faltalegislarsobrerreproduccionasistida-en-mexico.htm> (consultada el 26 de noviembre de 2015).

² Mansour, Ragaa et al., “International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technologies World Report: Assisted Reproductive Technology 2006”, *Human Reproduction*, vol.29, núm. 7, 2 de mayo de 2014, pp. 1536-1551; Blumerkon, Ana Cristina y Cañedo, Magdalena, “Medio para la vida: subrogación de vientres en México”, *Difusor Ibero*, 26 de junio de 2013, disponible en: http://difusoribero.com/2013/06/26/medio-para-la-vida-subrogacion-de-vientres-enmexico-2/#_ftnref (consultado el 26 de noviembre de 2015).

³ Crandell, Courtney, “India Moves to Ban Surrogacy for Foreign Couples”, *The World News Group*, 5 de noviembre de 2015, disponible en: http://www.worldmag.com/2015/11/india_moves_to_ban_surrogacy_for_foreign_couples (consultado el 26 de noviembre de 2015).

⁴ Browne, Rachel, “Australian Parents Turn to Mexico as Thailand Tightens Surrogacy Laws”, *The Sydney World Herald*, 7 de agosto de 2014, disponible en: <http://www.smh.com.au/world/australian-parents-turn-to-mexico-as-thailand-tightens-surrogacy-laws-20140807101e3n.html#ixzz3sd1RSqQq> (consultada el 26 de noviembre de 2015); Tuckman, Jo, “Surrogacy Boom in Mexico Brings Tales of Missing Money and Stolen Eggs”, *The Guardian*, 25 de septiembre de 2014, disponible en: <http://www.theguardian.com/world/2014/sep/25/tales-of-missing-money-stolen-egg-surrogacy-mexico> (consultado el 26 de noviembre de 2015); King, Kiki, “Wombs for Cash: Surrogate Mother «Renting» Womb for £8,500 Implanted with Embryo Created from an HIV+ Father”, *Metronews*, 13 de noviembre de 2015, disponible en: <http://metro.co.uk/2015/11/13/wombs-for-cash-surrogate-mother-renting-womb-for-8500-implanted-with-embryo-created-from-an-hiv-father-5496625/#ixzz3sd2Rfs9P> (consultado el 26 de noviembre de 2014).

⁵ Hookway, James, “Thailand Targets Surrogacy Practices Amid Scandals”, *The Wall Street Journal*, 27 de agosto de 2014, disponible en: <http://www.wsj.com/articles/thailand-targets-surrogacy-practices-1409146050>; Umeda, Sayuri, “Thailand: New Surrogacy Law, Global Legal Monitor”, *The Law Library of Congress*, 6 de agosto de 2015, disponible en: <http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/thailand-new-surrogacy-law> (consultados el 26 de noviembre de 2015).

GRACIELA JASA SILVEIRA / REBECA MORENO COCA

subrogado y su regulación a nivel federal y local, muchos asumen que es sólo cuestión de tiempo para que se apruebe una iniciativa y México se convierta en un líder en la provisión de estos servicios a nivel mundial.

No obstante, después de haber suspendido la aplicación de leyes de registro de menores nacidos vía embarazo subrogado, Tabasco en diciembre del 2015 emitió una serie de reformas controversiales, estableciendo mayor control en quienes pueden disponer de este procedimiento y los prestadores de servicio que intervienen.⁶ En el aire también están dos propuestas de leyes reguladoras de la arrienda de vientres, una a nivel federal y la otra en la Ciudad de México, que llevan años en discusión en sus respectivas legislaturas.

Este trabajo está dividido en cuatro partes. La primera parte expone las tendencias liberales que priman actualmente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y sus implicaciones y limitaciones en virtud de la facultad que tienen los municipios para legislar en materia de salud y familia. La segunda parte plantea el panorama general de las leyes y reglamentos federales aplicables a las técnicas de reproducción asistida. La tercera parte hace un análisis del panorama actual de la regulación de las técnicas de reproducción asistida a nivel estatal. En la cuarta y última parte se mencionan las decisiones de tribunales internacionales que han contribuido a la discusión del tema.

2. Complejidad como obstáculo en la tendencia liberal mexicana en materia de derechos reproductivos

La idea de que es sólo cuestión de tiempo para que se apruebe una iniciativa sobre la reproducción asistida y embarazo subrogado verdaderamente desestima la complejidad jurisdiccional, constitucional, así como en materia de filiación y derecho familiar que esto conlleva. Hipótesis que está fundamentalmente basada en la tendencia liberal que prevalece en la Suprema Corte en los últimos años; la cual inicialmente

⁶ Arroyo, Mariel, "Diputados aprueban dictamen en materia de embarazo subrogado", *Diario Presente*, 14 de diciembre de 2015, disponible en: <http://www.diariopresente.com.mx/section/principal/145728/diputados-apruebandictamen-materia-embarazo-subrogado/> (consultado el 20 de febrero de 2016).

¿ES SÓLO CUESTIÓN DE TIEMPO? LA REGULACIÓN DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA...

llevó a la Corte a abolir la mayoría de las restricciones al aborto y reconoció el derecho de la mujer al aborto como un derecho fundamental de la salud.⁷ Esto fue seguido por la declaración de constitucionalidad de reformas emitidas por el gobierno del Distrito Federal legalizando el matrimonio y adopción entre parejas del mismo sexo, y las sentencias declarando la inconstitucionalidad de sesiones de los códigos civiles estatales que prohibían el matrimonio del mismo sexo.⁸ Recientemente la Corte ha declarado como inconstitucionalidad artículos de los códigos civiles estatales que pongan restricción al divorcio entre parejas, como son las leyes sobre el divorcio necesario.

Sin embargo, el marco jurídico en México a través de su regulación del uso de medios alternativos de reproducción y embarazo subrogado resulta complicado debido a la cantidad de normas aplicables, sus contradicciones y vacíos. Así, existe una amplia gama de normas de índole constitucional y federal, tesis y jurisprudencia de la Suprema Corte y de la Corte Americana que deberían regir en relación al uso de medios alternativos de reproducción y embarazo subrogado. Esto sucede porque en México la regulación de la salud y por ello el uso de reproducción asistida se ejerce simultáneamente por la Federación y los estados.⁹ Esta concurrencia de poderes es sólo parcial, ya que de acuerdo al artículo 73, fracción XVI de la Constitución, la Federación tiene competencia para legislar sobre salubridad general y los estados sobre salubridad local.¹⁰

⁷ En materia de despenalización del aborto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación inicia declarando constitucional el artículo 134 del antiguo Código Penal para el Distrito Federal, el cual permitía a la mujer abortar por causas eugenésicas antes de la doceava semana de gestación. Véase Acción de inconstitucionalidad 10/2000, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 29 y 30 de enero de 2002, p. 109.

⁸ Tesis 1a./J. 43/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, junio de 2015, p. 536.

⁹ Carbonell, Miguel, "El federalismo en México: principios generales de distribución de competencias", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2003*, Montevideo, 2003, pp. 379-396, 387 y 388.

¹⁰ Véase tabla 1, Distribución de competencias en materia de salud en México, disponible en: <https://books.google.ca/books?id=UxCaBgAAQBAJ&pg=PT319&lpg=PT319&dq=facultades+de+los+estado+%26+materia+de+salud+%26+mexico&source=bl&ots=IBGUicflXv&sig=5LXRT3745XjWrLHqqIZILpurMA8&hl=en&sa=X&ved=0ahUKewi9uh8LjJAhVMkx4KHQfKcws4KBD0AQgtMAM#v=onepage&q=tecnologías%20reproduccion%20&f=false>

GRACIELA JASA SILVEIRA / REBECA MORENO COCA

3. Vacíos jurídicos a nivel federal en relación a métodos de reproducción asistida y embarazo subrogado

A nivel federal, las técnicas de reproducción asistida están reguladas en su generalidad por tres leyes: la Ley General de Salud (en adelante LGS), el Reglamento sobre Investigación para la Salud (en adelante RIS) y el Reglamento sobre el Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos, Células y Cadáveres de Seres Humanos (RCSDOTCCSH). En su conjunto éstas establecen la política general sobre derecho y servicios de salud y regulan detalladamente la política con relación en la planificación familiar y el trato de espermatozoides y óvulos, y los procedimientos y las condiciones para el uso de técnicas de reproducción asistida.

Como ley federal, la LGS establece la política de salubridad general para toda la República. Entre los aspectos que regula la ley se encuentra la organización, control y vigilancia de la prestación de los servicios y de establecimientos de la salud enfocados a la atención médica de adultos y materno-infantil; la organización, coordinación y vigilancia del ejercicio de actividades profesionales, técnicas y auxiliares para la salud; la investigación para la salud y el control de ésta en los seres humanos, así como el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes, células y cadáveres de seres humanos.¹¹

Por su parte, el RIS es el reglamento que constituye la distribución de competencias en materia de salud y regula directamente las actividades sobre planificación familiar, y contempla de manera muy general los procedimientos de reproducción asistida y algunas de las limitaciones en el uso de técnicas de reproducción asistida.¹² De esta forma, la ley

¹¹ Cfr. Ley General de Salud, artículos 77 bis, 77 bis A, 77 bis B, 77 bis C, 77 bis D, 77 bis E, 77 bis F, 77 bis G, 77 bis H, 77 bis I, 77 bis J, 77 bis K, 77 bis L, 77 bis M y 77 bis N, *Diario Oficial de la Federación*, 7 de febrero de 1984, últimas reformas, 12 de noviembre de 2015.

¹² Véase Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, artículo 40, fracción XI: "FERTILIZACIÓN ASISTIDA. Es aquella en la que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización in vitro". *Diario Oficial de la Federación*, 6 de enero de 1987, últimas reformas, 2 de abril de 2014. El artículo 56 establece explícitamente que las técnicas sólo se utilizarán "cuando se aplique a

¿ES SÓLO CUESTIÓN DE TIEMPO? LA REGULACIÓN DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA...

define qué es la reproducción asistida y establece ciertas limitaciones al uso de técnicas de reproducción asistida, por ejemplo, que las técnicas sólo se pueden usar como último recurso para resolver el problema de esterilidad en la pareja y con el consentimiento informado del sujeto de la investigación, la mujer sujeta a la fertilización in vitro y su cónyuge o concubino. Este principio obliga a los médicos a investigar y establecer infertilidad, intentar solucionar el problema por vías diferentes a la reproducción asistida y aplicar técnicas de reproducción asistida sólo cuando se concluye que el problema de esterilidad es irreversible.¹³ Sin embargo, el RIS tiene algunas limitaciones, no reglamenta todas las técnicas directamente (por ejemplo, el embarazo subrogado), no define con detalle en qué consiste cada técnica, no delimita los sujetos que pueden intervenir en una inseminación donde se utiliza semen de un donante anónimo o los criterios para seleccionar donadores de espermatozoides y óvulos.¹⁴

El Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud (en adelante RLGSMSIS) y el RCSDOTCCSH establecen una serie de principios a observarse con relación al uso de órganos y tejidos para fines terapéuticos cuya disposición será a título gratuito. El RCSDOTCCSH prohíbe la comercialización¹⁵ y dispone también requisitos de información por parte de los donantes y receptores

la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja, aún si éste difiere con el investigador. Los artículos 21 y 22 definen qué se entiende por consentimiento informado y los requisitos para su validez. El artículo 22 del reglamento define como consentimiento informado “el acuerdo mediante el cual el sujeto de la investigación o, en su caso, su representante legal autoriza su participación en la investigación (para la fertilización in vitro) con pleno conocimiento de la naturaleza de los procedimientos y riesgos a los que se someterá, con la capacidad de libre elección y sin coacción alguna.” Los requisitos de validez del consentimiento informado están reglamentados en el artículo 21.

¹³ Flores Ávalos, Elvia Lucía, “Derechos de los sujetos que participan en la reproducción asistida”, en Brena Sesma, Ingrid (ed.), *Reproducción asistida*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 63-84.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, artículos 21 y 22, *Diario Oficial de la Federación*, 20 de febrero de 1985, últimas reformas, 26 de marzo de 2014.

GRACIELA JASA SILVEIRA / REBECA MORENO COCA

de la donación, así como las técnicas de aplicación y su propósito, y los requisitos de consentimiento informado formal de parte del donante y receptor de la donación. De esta forma, el carácter general del RCSDOTCCSH significa que hay importantes vacíos; por ejemplo, no establece protocolos para la disposición de semen y óvulos. La única limitación es que sea con finalidades terapéuticas o de investigación y de carácter gratuito, por lo que no se contempla si hay derecho de anonimato en donadores o, si se requiere de estudios médicos previos para limitar uso de semen y óvulos de personas con antecedentes de enfermedades graves.¹⁶ Tampoco contempla limitaciones en el consentimiento del donador de gametos o limitaciones a la revocación del consentimiento.¹⁷

Otro vacío importante es respecto a las instituciones que se encargan de obtener, guardar, conservar, preparar y utilizar los gametos y las técnicas de reproducción asistida. El Centro Nacional de Trasplantes (Cenatra) y la Comisión Federal de Protección contra Riesgos Sanitarios (Cofepris) son los organismos que se encargan de monitorear la función de estas clínicas y los procedimientos de reproducción asistida. Sin embargo, su función se limita simplemente a monitorear y no a supervisar ni a reglamentar, por lo que existe omisión legislativa sobre el manejo de embriones que pudieran resultar de la fecundación entre las células germinales, sobre las técnicas de obtención de gametos, conservación y que pasa con los embriones sobrantes, resultado de un proceso de fertilización. Sin embargo, si existen normas oficiales que establecen una serie de requisitos para obtener un permiso para operar como una clínica especializada en reproducción asistida.

4. Estados: laberintos jurídicos en materia de derecho familiar

Otro problema es la distribución de competencias en materia familiar. Como Estado federal, son los estados los que tienen competencia

¹⁶ *Op. cit.*

¹⁷ *Ibidem*, pp. 63-84.

¿ES SÓLO CUESTIÓN DE TIEMPO? LA REGULACIÓN DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA...

para legislar en materia civil, familiar y penal, lo cual implica que hay 33 tipos de reglas diferentes que regulan la figura de matrimonio, los procesos a seguir para crear un matrimonio y cómo se establece la maternidad y paternidad, así como los delitos asociados a estas figuras. Aunque hay bastante uniformidad entre los diferentes códigos estatales, existen diferencias importantes respecto a temas que han dividido a la comunidad mexicana como son: el reconocimiento de matrimonio del mismo sexo, divorcio unilateral, aborto, y más recientemente la reproducción asistida mediante nuevas tecnologías y el embarazo subrogado. Cuya diversidad significa que existen prácticas que están totalmente legales y reconocidas en una entidad, como es el embarazo subrogado en Tabasco y que en otro estado están totalmente restringidas y su comisión corre riesgo de estar sancionada penalmente, como es en el estado de Querétaro. A pesar de que se ha hablado mucho sobre la necesidad de uniformizar ciertas áreas claves, esta medida es controversial por ser estas áreas las únicas donde los estados mantienen competencia legislativa casi exclusiva. Se usa el término “casi exclusiva” porque existen procesos e instrumentos normativos como el código civil y procesal creado por la Federación (aplicable a extranjeros en teoría), y competencia de los tribunales federales que pueden declarar inconstitucional una ley estatal y otros que tienen el efecto de menoscabar el poder de los estados en esta materia.

A. Magnitud de la diversidad legislativa a nivel estatal en material de las nuevas tecnologías reproductivas

Es importante subrayar que las prácticas de los estados en materia de las nuevas tecnologías reproductivas difieren sustancialmente. Otro aspecto trascendental es que hay diferencias sustanciales entre la forma en que los estados regulan la reproducción asistida en sus códigos y el reconocimiento de la filiación que resulta de estas prácticas. Por lo que no hay un modelo específico que ha ganado una aceptación generalizada entre los estados.

GRACIELA JASA SILVEIRA / REBECA MORENO COCA

a. La ausencia de reglas no significa ilegalidad

La mayoría de los estados, 28 para ser exactos, no contemplan las tecnologías reproductivas en sus códigos civiles.¹⁸ La falta de regulación por parte de los estados no significa que no existan clínicas de reproducción asistida. Lo único que significa es que en la mitad de estos estados no se reconoce la filiación entre hijo y madre e hijo y padre como consecuencia del uso de cualquier método de reproducción artificial, por lo que permiten el desconocimiento de paternidad cuando hay nacidos vía reproducción artificial. Este vacío también significa que estos códigos pueden no tener ninguna restricción en el tipo de técnicas de reproducción asistida autorizada o prohibida explícitamente y que nunca se sabrá la verdadera identidad biológica de un hijo concebido vía técnicas de reproducción asistida, entre otras cosas. Es decir, la falta de reglas a nivel código civil significa que es más probable que las clínicas y practicantes de las técnicas de reproducción asistida operen fuera de cualquier ley, aumentando la posibilidad de violación de derechos de las diferentes personas que pueden intervenir en el proceso, incluso los derechos de los dueños de gametos fecundados o del futuro bebé.

B. Regulación a nivel estatal está enfocada, en su mayoría, hacia establecer filiación entre padres contratantes e hijos gestados por madres subrogadas

Hasta el momento la actividad de los estados en materia de reproducción asistida, en su mayoría, se ha limitado a reconocer a estas técnicas para efectos de establecer filiación y derechos de paternidad y maternidad. Sólo nueve estados de la República y el Distrito Federal han reconocido las técnicas de reproducción asistida en sus códigos civiles. En general sólo personas casadas o que vivan en concubinato tienen acceso a las técnicas de reproducción asistida en México,

¹⁸ Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Chiapas, Chihuahua, Coahuila, Colima, Durango, Guanajuato, Hidalgo, Guerrero, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz y Yucatán.

¿ES SÓLO CUESTIÓN DE TIEMPO? LA REGULACIÓN DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA...

siempre y cuando las mujeres tengan autorización de sus maridos o concubinos. Por ejemplo, el Código Civil del Distrito Federal establece en su artículo 162, entre otras cosas, que "...[l]os cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges".¹⁹

Estados como Tamaulipas tienen disposiciones que incluyen la presunción de filiación entre hijo y madre, e hijo y padre como consecuencia del uso de cualquier método de reproducción artificial cuando estén casados o en concubinato,²⁰ además de restricciones al desconocimiento a hijos por padres cuando hay consentimiento de hijos nacidos vía reproducción artificial.²¹ También contempla la posibilidad que un padre reconozca un descendiente concebido por cualquier método de inseminación artificial aunque no se encuentre en el útero de la madre o esté no nacido. Algunas diferencias tangibles entre las legislaciones estatales son las restricciones en el tipo de técnicas de reproducción asistida autorizadas o prohibidas explícitamente; la forma de adquirir filiación maternal y paternal en caso de uso de técnicas de reproducción asistida, incluyendo embarazo subrogado; el proceso para acceso a métodos de reproducción asistida.

El Código Civil del Estado de México reconoce el derecho de anonimidad a espermias obtenidos mediante bancos o instituciones legalmente autorizadas que son utilizadas para una inseminación artificial.²² El código de Tabasco contempla la transmisión de la presunción de maternidad y paternidad a la madre y padre contratante cuando éstos presenten un hijo nacido bajo la figura de embarazo subrogado.²³ La novedad

¹⁹ Código Civil para el Distrito Federal, artículo 162, *Diario Oficial de la Federación*, 26 de mayo de 1928, últimas reformas, 5 de febrero de 2015.

²⁰ Código Civil del Estado de Tamaulipas, artículos 324, 330, 347 y 349, *Periódico Oficial*, 10 de enero de 1987, últimas reformas, 14 de julio de 2015.

²¹ *Ibidem*, artículo 302.

²² Código Civil del Estado de México, artículo 4.115, *Gaceta del Gobierno*, 7 de junio de 2002, últimas reformas, 3 de febrero de 2016.

²³ Código Civil del Estado de Tabasco, artículo 92, *Periódico Oficial*, 7 de octubre de 2006, últimas reformas, 01 de diciembre de 2014.

GRACIELA JASA SILVEIRA / REBECA MORENO COCA

está en que contempla la transmisión de la presunción de maternidad a la madre y padre contratantes de manera automática cuando el embarazo es bajo la figura de “gestante sustituta”. Esto es diferente a la contratación de un embarazo bajo la figura de madre subrogada, el cual requiere que se realice el proceso de adopción para que los padres contratantes sean registrados como padres legales del hijo.²⁴²⁵

A diferencia del Código de Tabasco, el Código Familiar del Estado de Sinaloa reconoce la filiación creada entre padres contratantes y bebé gestado, vía alquiler de vientre. Para lo anterior, se requiere que el médico responsable redacte un certificado de nacimiento donde anote si el bebé fue concebido vía tecnologías de reproducción asistida o gestado mediante embarazo subrogado.²⁶ La Secretaría de Salud y Oficina del Registro Civil son notificados del contrato para que el infante sea registrado con filiación a los padres contratantes al ser presentado ante las oficinas del registro civil.²⁷

Otros estados han reconocido el embarazo por reproducción asistida y maternidad subrogada, pero no han reconocido sus efectos con relación al registro de nacimiento de niños. Por ejemplo, en el Código Civil para el Estado de San Luis Potosí los niños nacidos vía reproducción asistida se consideran que tienen filiación con su madre y padre siempre y cuando éstos sean casados, y el esposo haya dado su consentimiento válido y escrito al embarazo por reproducción asistida.²⁸ Sin embargo, el Código aclara que en el caso de embarazo subrogado, la maternidad siempre será atribuida a la madre gestante. No obstante, tampoco hay observación de las normas existentes. Por ejemplo, ni la expresa prohibición al comercio de órganos ha eliminado per se, el tráfico de donación de ovocitos, de pago por embarazos bajo contrato y cesión de los hijos que nacen bajo esta vía sin acción alguna por parte

²⁴ Código Civil del Distrito Federal, artículos 162, 293, 326, 329, 267 (XX).

²⁵ Código Civil del Estado de Tabasco, artículo 92.

²⁶ Código Familiar del Estado de Sinaloa, artículo 294, *Periódico Oficial*, 6 de febrero de 2013, últimas reformas, 18 de mayo de 2015.

²⁷ *Ibidem*, artículo 293.

²⁸ Código Familiar de San Luis Potosí, artículos 242 y 244, *Periódico Oficial*, 18 de diciembre de 2008, últimas reformas, 17 de septiembre de 2015.

¿ES SÓLO CUESTIÓN DE TIEMPO? LA REGULACIÓN DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA...

de las autoridades, ni abrogación de leyes como las de Sinaloa que contravienen este principio.²⁹

El Código Familiar de San Luis Potosí extingue el derecho de una mujer a utilizar los gametos de su marido cuando el matrimonio se disuelve por muerte, divorcio o nulidad. Gameto fecundado sólo se puede implantar en la mujer viuda.³⁰ La paternidad únicamente se atribuirá a un gameto fecundado e implantado antes de un término de catorce días después de que el marido falleció.³¹ En caso de divorcio, o nulidad de matrimonio, no se le puede atribuir paternidad al hombre cuando el óvulo es fecundado en forma extracorpórea y en fecha posterior a que se decreta la disolución del matrimonio.³²

Menos conocidas, pero también relevantes son las reglas del Código Civil del Estado de México que reconocen la maternidad anónima y la adopción plena. En 2012, la legislatura del Estado de México reformó su código civil para reintroducir la figura de maternidad anónima,³³ figura que primó en los códigos civiles mexicanos hasta principios del siglo XX.³⁴ La figura de maternidad anónima permite que una madre gestante y biológica registre a su hijo ante las oficinas del registro civil sin tener que incluir su nombre, registrando al menor con madre “anónima”.³⁵ Esto facilita la transmisión de filiación porque permite que se deje en blanco la sección del acta de nacimiento que contiene los datos de identificación de la madre gestante (y por lo tanto también el padre), lo cual a su vez elimina el requisito que la de la madre gestante acepte dar en adopción al menor. La combinación de la maternidad anónima

²⁹ Blumerkon, Ana Cristina y Cañedo, Magdalena, *op. cit.*; véase notas periodísticas, “Tabasco, edén de la maternidad subrogada”, *Noticieros Televisa*, 11 de marzo de 2015, disponible en: <http://noticieros.televisa.com/mexico-estados/1503/tabasco-eden-maternidadsubrogada/> (consultado el 26 de noviembre de 2015); “Vientres en renta, una alternativa para ser padres”, *Informador. Mx*, 3 de febrero de 2014, disponible en: <http://www.informador.com.mx/mexico/2014/510925/6/vientres-en-renta-una-alternativa-para-ser-padres.htm> (consultado el 26 de noviembre de 2015).

³⁰ Código Familiar de San Luis Potosí, artículo 240.

³¹ *Idem.*

³² *Idem.*

³³ Código Civil del Estado de México, artículo 3.4.

³⁴ Código Civil del Distrito Federal y la Baja California de 1870, artículos 117, 118 y 119.

³⁵ Código Civil del Estado de México, artículo 3.10.

GRACIELA JASA SILVEIRA / REBECA MORENO COCA

con las reformas que eliminaron la adopción simple (que implica mantener la filiación entre el adoptado y sus progenitores) y adoptando la adopción plena, la cual extingue el parentesco entre el adoptado y sus progenitores, y lo sustituye con el de los adoptantes) han creado un espacio jurídico ideal para que se transmita la filiación plena de un hijo gestado a padres contratantes sin requerir el consentimiento formal de la madre gestante y con un acta de nacimiento que no contiene indicativo de que el menor es adoptado. Una regla similar existe en el Código de Tabasco, en el artículo 92 donde establece como obligatorio y a su vez voluntario el que se asiente el nombre de los progenitores en el acta de nacimiento de un menor. Este artículo permite a los oficiales del Registro Civil registrar un menor sin asentar en el acta los nombres de la madre y el padre.³⁶

a. Acceso a métodos de reproducción asistida

El proceso para poder acceder a la inseminación artificial también difiere; por ejemplo, el código civil del Estado de México requiere consentimiento judicial para acceder al proceso.³⁷ Ningún otro estado prevé este proceso para inseminación artificial. El Código Familiar de San Luis Potosí, así como la mayoría de los códigos sólo reconocen el acceso a métodos de reproducción asistida a casados o aquellos unidos en matrimonio o concubinato. Sin embargo, no todos tienen el requisito de que la pareja tenga prueba de que no existe otra opción para concebir un hijo.³⁸ El Código Familiar del Estado de Sinaloa no contempla este requisito, mientras que el código de Tabasco sí, pues sólo pueden acceder a la figura de embarazo subrogado personas mexicanas, mujeres que física o medicamente no pueden cargar un bebé en su útero y estén casadas, vivan en pareja o en concubinato.³⁹

³⁶ Código Civil del Estado de Tabasco, artículo 92.

³⁷ Código Civil del Estado de México, artículo 4.116.

³⁸ Código Familiar de San Luis Potosí, artículo 239.

³⁹ Código Civil del Estado de Tabasco, artículo 380 bis 5, véase Decreto 265. Se adiciona el capítulo VI bis denominado "De la gestación asistida y subrogada"; integrado por los artículos: 380 bis, 380 bis 1, 380 bis 2, 380 bis 3, 380 bis 4, 380 bis 5, 380

¿ES SÓLO CUESTIÓN DE TIEMPO? LA REGULACIÓN DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA...

b. El tipo de técnicas de reproducción asistida autorizadas o prohibidas explícitamente

El Código Familiar de San Luis Potosí es el único que reglamenta el tipo de técnicas de reproducción asistida que podrán practicarse, las que incluye sólo:

I. Transferencia intratubaria de cigoto o transferencia tubárica de embriones, consistente en la colocación de los embriones en la matriz de la mujer, utilizando material quirúrgico; II. Fertilización in vitro, método en el que los espermatozoides previamente preparados y seleccionados son depositados en una caja de vidrio que contiene un medio de cultivo especial, y III. Fertilización ICSI, ésta se utiliza cuando los espermatozoides son muy pocos, o su capacidad de fertilización está disminuida.

El Código Familiar de Sinaloa hace referencia a las técnicas acreditadas y autorizadas por la Secretaría de Salud, constituidas por “métodos de fertilización de células germinales, gametos, de uno o ambos sexos; además de la reproducción de cigotos, embriones, que permita la procreación fuera del proceso natural, de la pareja infértil o estéril.” Se permite a cónyuges a la inseminación o fecundación homóloga, heteróloga, postmortem y el embarazo subrogado en sus diferentes modalidades.⁴⁰

También hay diferencias en las restricciones explícitas sobre métodos de reproducción asistida que impliquen prácticas eugenésicas y el uso de embarazo subrogado. Por ejemplo, el Código Civil del Estado de México prohíbe la clonación o cualquier método de reproducción asistida que implique clonación o selección de la raza.⁴¹ Así, el Código Civil de San Luis Potosí no establece renta de vientres como un método de

bis 6 y 380 bis 7, al título octavo “De la filiación”, perteneciente al libro primero, del Código Civil para el Estado de Tabasco, 14 de diciembre de 2015, disponible en: <http://www.congresotabasco.gob.mx/legislativo/decretos> (consultado el 26 de noviembre de 2015).

⁴⁰ Código Familiar del Estado de Sinaloa, artículos 282 y 283.

⁴¹ Código Civil del Estado de México, artículo 4.114.

GRACIELA JASA SILVEIRA / REBECA MORENO COCA

reproducción autorizado, declara inexistente la maternidad sustituta y refirma que la única maternidad que se reconoce es la que se adquiere por nacimiento de un hijo, por lo que si una mujer es implantada por un embrión que no fuera biológicamente ligado a ella, ésta todavía sería presumida como la madre.⁴²

El Código Familiar de Sinaloa reconoce cuatro tipos de embarazos subrogados: el total, parcial, altruista y el comercial, el cual implica que la madre gestante recibe un pago por ser gestante encima de los costos del embarazo.⁴³ El Código de Tabasco distingue entre la figura de “madre gestante sustituta”, que es cuando una mujer lleva a cabo un embarazo donde el embrión no tiene material genético de la madre gestante⁴⁴ y la de “madre subrogada”, cuando la mujer lleva a cabo un embarazo subrogado y el embrión se compone con material genético de la madre gestante.⁴⁵

c. ¿Quiénes pueden ser madres gestantes?

El Código Familiar de Sinaloa y ahora el Código Civil de Tabasco establecen una serie de requisitos y obligaciones para las mujeres que desean ser madres subrogadas.⁴⁶ También contempla restricciones para quienes quieren ser padres o madres gestantes. La ley de Sinaloa requiere que se constate que la madre gestante tiene una buena salud, un hijo sano propio, y ésta tenga entre 25 y 35 años de edad.⁴⁷ El Código de Tabasco da un rol central a la Secretaría de Salud del estado en esta área, dándole poder para certificar la viabilidad de la madre gestante en términos de salud, y ambiente social y familiar.⁴⁸ La madre gestante de igual forma tiene que estar libre de adicciones, no haber

⁴² Código Familiar de San Luis Potosí, artículos 242 y 243, párrafo 2.

⁴³ Código Familiar del Estado de Sinaloa, artículo 284.

⁴⁴ Código Civil del Estado de Tabasco, artículo 92, párrafo 4.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ *Ibidem*, artículo 380 bis.

⁴⁷ Código Familiar del Estado de Sinaloa, artículo 283 y Código Civil del Estado de Tabasco, artículo 380 bis 5.

⁴⁸ Código Civil del Estado de Tabasco, artículo 380 bis 3.

¿ES SÓLO CUESTIÓN DE TIEMPO? LA REGULACIÓN DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA...

estado embarazada en el año anterior a la implantación y que no haya sido sometida al procedimiento más de dos veces.⁴⁹ De esta forma, la trabajadora social está encargada de verificar que la madre gestante vive en un ambiente saludable y libre de violencia.⁵⁰

d. *La oficialización de contratos de embarazo subrogado*

Para oficializar el contrato de subrogado, los códigos de Sinaloa y Tabasco requieren que las parejas y las madres gestantes celebren un contrato de subrogación oficializado por notario público en la clínica donde se va a realizar el procedimiento.⁵¹ Es interesante notar que el código de Tabasco establece que el contrato de gestación no requiere de representación legal y como causa del contrato sí intervienen terceras personas como agencias o despachos jurídicos.⁵² Sin embargo, la nulidad del contrato no exime a los padres contratantes de las obligaciones contratadas.

En Tabasco el instrumento público suscrito entre las parejas y las madres gestantes tiene que ser aprobado por un juez a través de un proceso no contencioso que tiene como fin reconocer el “vínculo entre los contratantes... el feto... la gestante y... [el cónyuge o concubino de la gestante, que] ...renunci[a]... a cualquier derecho de parentesco con el recién nacido”.⁵³ La Secretaría de Salud del estado tiene que ser notificada de la aprobación del instrumento por el juez. Es importante notar que el código de Tabasco no señala qué es lo que tiene que revisar el juez para aprobar el instrumento ni requiere la intervención del representante del Ministerio Público como defensor de la familia y los menores.

⁴⁹ Código Familiar del Estado de Sinaloa, artículo 285.

⁵⁰ Código Familiar del Estado de Sinaloa, artículo 286 y Código Civil del Estado de Tabasco, artículo 380 bis 5.

⁵¹ Código Familiar del Estado de Sinaloa, artículos 287 y 288, y Código Civil del Estado de Tabasco, artículo 380 bis 5.

⁵² Código Civil del Estado de Tabasco, artículos 380 bis 3 y 380 bis 4.

⁵³ *Ibidem*, artículo 380 bis 5.

GRACIELA JASA SILVEIRA / REBECA MORENO COCA

El contrato de gestación en Tabasco protege a los padres contratantes del dolo o error, haciendo a la madre gestante civil y penalmente responsable de omisiones respecto a la identidad de los padres;⁵⁴ protege a las madres gestantes de los gastos médicos, obligando a los padres contratantes a contratar un seguro de gastos mayores de empresas en territorio mexicano que cubra los gastos de embarazo, y los hace económicamente responsables de los gastos “relacionados con patologías genéticas y las que deriven de una inadecuada atención y control médico prenatal y postnatal”.⁵⁵ Sin embargo, el Código de Tabasco no contempla qué pasa si los padres contratantes quieren abortar un bebé que está en el vientre de la madre subrogada o cuando lo abandonan, dejándolo a cargo de la madre subrogada, como fue el caso del “pequeño Gammy” en Tailandia.⁵⁶

5. ¿Es sólo cuestión de tiempo para que se apruebe una iniciativa sobre la reproducción asistida y embarazo subrogado?

La falta de regulación federal específica y la variedad de regulación en materia civil a nivel estatal, también significa que existe un alto grado de incertidumbre respecto a los derechos y obligaciones que conlleva el uso de métodos de reproducción asistida, en general. Esta incertidumbre crece a medida que aumentamos la complejidad de los métodos. Por ejemplo, ¿sería justo que un padre pueda refutar su paternidad cuando su esposa conciba un hijo (a) en un estado donde se permite la inseminación heteróloga, pero nace en un estado donde no se reconoce o donde los requisitos de consentimiento son más rigurosos? ¿Es justo que en ciertos estados sólo mujeres casadas puedan tener acceso a métodos de reproducción asistida? ¿Deberá poder un donador de

⁵⁴ *Ibidem*, 380 bis 7.

⁵⁵ *Idem*.

⁵⁶ Whiteman, Hilary, “Una pareja australiana abandona bebé con síndrome de Down de madre subrogada”, *CNN en español*, 4 de agosto de 2014, disponible en: <http://cnnespanol.cnn.com/2014/08/04/una-pareja-australianaabandonabebeconsindromede-down-de-madre-subrogada/> (consultada el 26 de noviembre de 2015).

¿ES SÓLO CUESTIÓN DE TIEMPO? LA REGULACIÓN DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA...

semen reclamar la paternidad respecto del producto? De ser así, ¿en qué términos?

La disparidad de leyes y la falta de consenso general también da lugar a preguntas sobre los límites federales y estatales en la regulación de estas técnicas y hasta qué puntos los estados tienen competencia para establecer reglas en esta materia y cuáles son los principios constitucionales que deben aplicar. Por ejemplo, ¿qué efectos tendrá un contrato de embarazo subrogado en un estado como Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, donde ni se reconoce las tecnologías de reproducción a nivel civil o en estados que no lo prohíben expresamente? Si el marco federal no prohíbe expresamente la clonación o métodos de reproducción, ¿qué implicaciones tienen las restricciones a prácticas eugenésicas?, y ¿cómo proteger los derechos de las madres gestantes que han celebrado un acuerdo con pacto de remuneración si hay una prohibición de comercio de donación de órganos?, ¿cuáles son los derechos de privacidad de los donadores de gametos, y cuándo y cómo se extinguen?, ¿cómo resolver los conflictos de leyes que se pueden dar por la expansión de las formas de filiación como resultado de las nuevas tecnologías de reproducción asistida?, ¿existe un derecho fundamental al acceso métodos de reproducción? ¿Se consideran inconstitucionales en razón de jurisdicción o derecho a igualdad o derecho a salud las limitaciones impuestas por algunos estados en relación con el uso de ciertas tecnologías de reproducción asistida? Estas son algunas de las interrogantes que ya se han presentado a los jueces de algunos países para que determinen lo conducente, considerando que es un principio de derecho el no dejar de resolver el asunto aunque no exista legislación específica aplicable.

Por otra parte, las cuestiones de corte constitucional y derechos humanos relacionados con maternidad, paternidad y derechos sexuales y reproductivos presentan importantes elementos que se tienen que considerar. La Corte Interamericana en *Artavia Murillo vs. Costa Rica*⁵⁷ reconoció que el derecho a la igualdad y la libertad reproductiva, y el

⁵⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Artavia Murillo et al. (In Vitro Fertilization) vs. Costa Rica*, sentencia del 28 de noviembre del 2012, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_ing.pdf.

GRACIELA JASA SILVEIRA / REBECA MORENO COCA

derecho de vivir en familia requiere se hagan a los medios no-sexuales para concebir accesibles para todos los sectores de la sociedad mexicana. Esto en teoría requiere que el gobierno federal y los estados eliminen los límites al acceso a la salud reproductiva por considerarse como una forma de discriminación particular en razón de su capacidad reproductiva y su estatus socioeconómico de las personas.⁵⁸

El otro debate es sobre si las personas requieren que los gobiernos consideren los medios no-sexuales para concebir como un derecho humano fundamental. La pregunta es si *¿Artavia Murillo v. Costa Rica* demanda que México abra sus puertas a todo medio de asistencia reproductiva y todos los sectores sociales? ¿Cuáles son los intereses que se deben de tomar en cuenta para determinar quiénes y cómo se debe tener acceso a ciertos métodos de reproducción asistida? En el caso *Evans v. United Kingdom*, la Corte balanceó el derecho de la mujer a utilizar embriones concebidos con el esperma de su ex pareja, versus el deseo de su pareja a destruir los embriones y no tener hijos.⁵⁹ La Corte reconoció que el derecho de la madre a tener hijos no es más importante que el derecho del padre a no tenerlos.⁶⁰ La Corte determinó que mientras que el derecho al respeto a la vida privada y familiar requiere que una mujer tenga acceso a ciertos métodos de reproducción asistida, este no es un derecho de acceso absoluto a dichos medios.⁶¹ En el caso *S.H y otros v. Austria*, la Corte Europea confirmó que se considera que el derecho de una pareja a acceder a medios alternativos de reproducción asistida y concebir un hijo forma parte de los derechos a la privacidad y del derecho a la vida.⁶² Pero la Corte no llegó al grado de reconocer que es un derecho básico a la procreación que las parejas tengan acceso a ciertos procedimientos, sino que reconoció que

⁵⁸ Robertson, John A., *Children of Choice: Freedom and the New Reproductive Technologies*, New Jersey, Princeton University Press, 1996, p.131.

⁵⁹ Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Evans vs. United Kingdom*, 2007, párrs. 753-755.

⁶⁰ *Ibidem*, párr. 755.

⁶¹ *Idem*.

⁶² Corte Europea de Derechos Humanos, caso *S.H. and others vs. Austria*, 2011, Grand Chamber judgement, disponible en: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=htmlanddocumentId=894729andportal=hbkmandsource=externalbydocnumberandtable=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>.

¿ES SÓLO CUESTIÓN DE TIEMPO? LA REGULACIÓN DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA...

el derecho básico a la procreación de las parejas no es absoluto. Por un lado, reconoce qué países tienen el derecho de decidir si hay suficientes argumentos para decidir si ciertos procedimientos ameritan ser prohibidos. Por otro lado, el derecho de una pareja a concebir un hijo y acceder a las tecnologías reproductivas para concebirlos puede estar supeditado por el derecho del donador y sus intereses, y los derechos e intereses de menor así como los valores sociales en su conjunto.

En este caso la Corte reconoció la reproducción humana como un derecho humano y estableció los límites o prohibiciones al acceso de los medios de salud reproductiva que pueden ser una forma de discriminación particular a la mujer en razón de su capacidad reproductiva y su estatus socioeconómico. Si es reconocido que personas tienen un derecho fundamental a la igualdad y la libertad reproductiva y, el derecho de vivir en familia, se podría considerar como un derecho al acceso a medios no-sexuales para concebir y a los contratos que lo prevén como parte de este derecho.⁶³

Otro aspecto que se abre a debate sobre el uso de las técnicas de reproducción asistida y la maternidad subrogada es el respeto a los derechos de la niñez. Hasta el momento existen contados casos en los que los padres contratantes le piden a la madre subrogada que aborte al feto en etapas avanzadas de la gestación, o bien, al momento de nacer el bebé deciden no quedarse con él,⁶⁴ en esos casos, el limbo en el que quedan los menores refleja el peligro que el uso no regulado de estas actividades representa. Los derechos de la niñez no pueden ser denegados por el empleo de estas técnicas de reproducción o por el desconocimiento de paternidad o maternidad al que se ven expuestos bajo algunas legislaciones como se explicó anteriormente. El grupo de los niños es uno de los más protegidos actualmente por su situación

⁶³ Robertson, John A., *op.cit.*

⁶⁴ Lewin, Tamar, "Coming to U.S. for Baby, and Womb to Carry it Foreign Couples Heading to America for Surrogate Pregnancies", *The New York Times*, 5 de julio de 2014, disponible en: http://www.nytimes.com/2014/07/06/us/foreign-couples-heading-to-america-for-surrogate-pregnancies.html?_r=0 (consultado el 20 de febrero de 2016); Lewin, Tamar, "Surrogates and Couples Face a Maze of Laws, State by State", *The New York Times*, 17 de septiembre de 2014, disponible en: <http://www.nytimes.com/2014/09/18/us/surrogates-and-couples-face-a-maze-of-laws-state-by-state.html> (consultado el 20 de febrero de 2016).

GRACIELA JASA SILVEIRA / REBECA MORENO COCA

de vulnerabilidad frente a los adultos. Uno de los principales principios que protegen a este grupo es el del interés superior del menor, el cual, entre otros aspectos, se insertó en el sistema jurídico mexicano como un principio jurídico interpretativo fundamental, “en el sentido de que si una norma jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la que satisfaga de forma más efectiva sus derechos y libertades [del menor], a la luz del interés superior del menor”.⁶⁵ Por su parte, el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la importancia de este principio para la esfera de derechos del menor.⁶⁶

Por su parte, los últimos criterios que la Suprema Corte de Justicia que ha emitido sobre los derechos del niño y su búsqueda de la armonización con la Convención sobre los Derechos del Niño⁶⁷ ha impactado a la normatividad relacionada con los menores de edad, sobre todo en las

⁶⁵ Tesis 1a. CCCLXXIX/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, junio de 2014, p. 270.

⁶⁶ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación general núm. 3: El VIH/SIDA y los derechos del niño, CRC/GC/2003/3, párr.10; Comité de los Derechos del Niño, Observación general núm. 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4o. y 42, y párrafo sexto del artículo 44), CRC/GC/2003/5, párrs.12 y 45; Comité de los Derechos del Niño, Observación general núm. 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, CRC/GC/2005/6, párrs. 19 y 21; Comité de los Derechos del Niño, Observación general núm. 7: Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7, párrs. 13 y 16; Comité de los Derechos del Niño, Observación general núm. 10: Los derechos del niño en la justicia de niños, niñas y adolescentes, CRC/C/GC/10, párr. 10; Comité de los Derechos del Niño, Observación general núm. 11: Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño, CRC/C/GC/11, párr. 30, 31 y 32; Comité de los Derechos del Niño, observación general núm. 12: El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, párr. 56; Comité de los Derechos del Niño, Observación general núm. 13: Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, CRC/C/GC/13, párr. 61; Comité de los Derechos del Niño, Observación general núm. 14: Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3o., párrafo 1), CRC/C/GC/14, párrs. 1, 2, 3, 4, 5 y 6.

⁶⁷ Cfr. Tesis: 1a. CCLXV/2015 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, septiembre de 2015, p. 305; Tesis 1a. LXXIV/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, t. II, febrero de 2015, p. 1409; Tesis I.3o.C.914 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIII, febrero de 2011, p. 2276; Tesis I.9o.C.158 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIX, abril de 2009; p. 1927; Tesis II.3o.C. J/4, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVI, octubre de 2002, p. 1206.

¿ES SÓLO CUESTIÓN DE TIEMPO? LA REGULACIÓN DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA...

legislaciones civiles estatales. Al respecto la regulación de los derechos de los niños es materia concurrente, lo cual implica que el gobierno federal emite normas generales y los estados pueden en base a éstas emitir sus propias normas. Lo anterior se ve reflejado en México con la Ley General de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, ley de observancia general en el país.

En otro tema se puede hacer una analogía entre las técnicas de reproducción asistida y las donaciones, es por eso que también se podrían considerar aplicables el articulado sobre donación.⁶⁸ No es difícil pensar en la madre gestante, comparable a una persona que de manera altruista sacrifica su cuerpo para el beneficio de otro, donando un órgano.⁶⁹ Por ejemplo, un tribunal en Estados Unidos consideró que un contrato de embarazo subrogado celebrado entre una pareja francesa y una mujer que vivía en el estado de Kentucky en los Estados Unidos no era contrario al derecho y orden público francés por ser altruista, y entrar dentro de la categoría de donaciones de órganos permitidos en el derecho francés. Así, las leyes que restrinjan la libertad reproductiva de las mujeres gestantes o que limiten el tipo de decisiones que pueden hacer con sus cuerpos y sus componentes podían considerarse como contraria a secciones del artículo 4o. constitucional que reconoce el derecho de igualdad y la libertad reproductiva.⁷⁰

⁶⁸ Ley General de Salud, artículos 320-337, reformas del 27 de mayo de 1987, 14 de junio de 1991 y 26 de mayo de 2000, véase Reglamento Interior de la Secretaría de Salud, artículo 42, fracciones IV, XI, XV y 44, fracciones I, XI, XIV, XV, *Diario Oficial de la Federación*, 19 de enero de 2004, últimas reformas, 2 de febrero de 2010.

⁶⁹ *Procureur General v Madame X* (1991), Cass Ass Pleniére, 21 de mayo de 1991, J 417. En este caso un contrato de embarazo subrogado se celebró entre una pareja y una mujer que vivía en el estado de Kentucky (Estados Unidos). Basado en la ley de conflicto de leyes, un tribunal de primera instancia de Estados Unidos aprobó la terminación de los derechos parentales de la madre y la resignación de los derechos de custodia. El tribunal de apelación decidió que la decisión de primera instancia no era contraria al derecho francés y a su orden público. La Corte no consideró que el contrato de subrogación era contrario al orden público francés y que la renta de vientre fue altruista y que este acto entraba dentro de la categoría de donaciones de órganos permitidos en el derecho francés. El tribunal de casación no estuvo de acuerdo con el tribunal de apelación estadounidense y declaró que cualquier arreglo de embarazo subrogado, pagado o no pagado, constituía una forma de disposición del cuerpo no permitida por la ley o por el orden público.

⁷⁰ Lane, Melissa, "Ethical Issues in Surrogacy Arrangement", en Cook, Rachel *et al.*,

GRACIELA JASA SILVEIRA / REBECA MORENO COCA

Por último, se resalta la creciente tendencia a la máxima protección de los derechos humanos de los grupos vulnerables. Es con la reforma en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011 que se crea en virtud del artículo 1o. constitucional, un bloque normativo denominado “bloque constitucional” que agrupa a los derechos humanos de la Constitución política y de los tratados internacionales sin que exista entre ellos una jerarquía por la fuente de derecho de la que provengan,⁷¹ lo anterior implica que las autoridades estatales deben respetar, proteger, garantizar y fomentar la protección a los derechos humanos contenidos en tratados como los que se encuentran en la Convención sobre los Derechos del Niño, tanto al momento de aplicar el derecho como en el momento de legislar.

6. Conclusiones

Es claro que la regulación de la reproducción asistida es una tarea mucho más compleja y polémica de lo que muchos se imaginan. Aunque aquí se dio un bosquejo de algunos problemas, hay muchos otros; por ejemplo, en relación al establecimiento de la nacionalidad y migración, los derechos de ciudadanía, los derechos de los niños y otros más. Es opinión de las autoras que, a pesar de que muchos pronostican que México va seguir siendo amigable al embarazo subrogado, la creciente regulación a nivel estatal y cuestiones constitucionales y de derechos humanos que el embarazo subrogado implican señalan que México está viviendo el principio del final del liberalismo en materia de embarazo subrogado.

Surrogate Motherhood: International Perspectives, Estados Unidos, Hart Publishing, 2003, pp. 130 y 131.

⁷¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de tesis 293/2011 entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativas y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, 3 de septiembre de 2013, disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Epocas/Pleno/DecimaEpoca/2932011PL%20CT%20Ejecutoria.pdf> (consultada el 20 de febrero de 2016), p. 30.

7. Fuentes consultadas

- ARROYO, Mariel, “Diputados aprueban dictamen en materia de embarazo subrogado”, *Diario Presente*, 14 de diciembre de 2015, disponible en: <http://www.diariopresente.com.mx/section/principal/145728/diputados-aprueban-dictamenmateria-embarazo-subrogado/> (consultado el 20 de febrero de 2016).
- BLUMERKON, Ana Cristina y CAÑEDO, Magdalena, “Medio para la vida: subrogación de vientres en México”, *Difusor Ibero*, 26 de junio de 2013, disponible en: http://difusoribero.com/2013/06/26/medio-para-la-vida-subrogacion-de-vientresenmexico2/#_ftnref (consultado el 26 de noviembre de 2015).
- BROWNE, Rachel, “Australian parents turn to Mexico as Thailand tightens surrogacy laws”, *The Sidney World Heral*, 7 de agosto de 2014, disponible en: <http://www.smh.com.au/world/australian-parents-turn-to-mexico-as-thailand-tightens-surrogacy-laws20140807101e3n.html#ixzz3sd1RSqQq> (consultada el 26 de noviembre de 2015).
- CARBONELL, Miguel, “El federalismo en México: principios generales de distribución de competencias”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2003*, Montevideo, 2003.
- CRANDELL, Courtney, “India Moves to Ban Surrogacy for Foreign Couples”, *The World News Group*, 5 de noviembre de 2015, disponible en: http://www.worldmag.com/2015/11/india_moves_to_ban_surrogacy_for_foreign_couples (consultado el 26 de noviembre de 2015).
- FLORES ÁVALOS, Elvia Lucía, “Derechos de los sujetos que participan en la reproducción asistida”, en Brena Sesma, Ingrid (ed.), *Reproducción asistida*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.
- LANE, Melissa, “Ethical Issues in Surrogacy Arrangement”, en Cook, Rachel et al., *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, Estados Unidos, Hart Publishing, 2003.
- MANSOUR, Ragaa et al., “International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technologies World Report: Assisted Reproductive Technology 2006”, *Human Reproduction*, vol.29, núm. 7, 2 de mayo de 2014.

GRACIELA JASA SILVEIRA / REBECA MORENO COCA

- UMEDA, Sayuri, "Thailand: New Surrogacy Law, Global Legal Monitor", *The Law Library of Congress*, 6 de agosto de 2015, disponible en: <http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/thailand-new-surrogacy-law/> (consultado el 26 de noviembre de 2015).
- HOOKEY, James, "Thailand Targets Surrogacy Practices Amid Scandals", *The Wall Street Journal*, 27 de agosto de 2014, disponible en: <http://www.wsj.com/articles/thailand-targets-surrogacy-practices-1409146050>
- KING, Kiki, "Wombs for cash: Surrogate Mother «Renting» Womb for £8,500 Implanted with Embryo Created from an HIV+ Father", *Metronews*, 13 de noviembre de 2015, disponible en: <http://metro.co.uk/2015/11/13/wombs-for-cash-surrogate-mother-renting-womb-for8500implanted-with-embryo-created-from-an-hiv-father-5496625/#ixzz3sd2Rfs9P> (consultado el 26 de noviembre de 2014).
- LEWIN, Tamar, "Coming to U.S. for Baby, and Womb to Carry it Foreign Couples Heading to America for Surrogate Pregnancies", *The New York Times*, 5 de julio de 2014, disponible en: http://www.nytimes.com/2014/07/06/us/foreigncouplesheadingtoamericaforsurrogatetepregnancies.html?_r=0 (consultado el 20 de febrero de 2016).
- , "Surrogates and Couples Face a Maze of Laws, State by State", *The New York Times*, 17 de septiembre de 2014, disponible en: <http://www.nytimes.com/2014/09/18/us/surrogates-and-couples-face-a-maze-of-laws-state-by-state.html> (consultado el 20 de febrero de 2016).
- ROBERTSON, John A., *Children of Choice: Freedom and the New Reproductive Technologies*, New Jersey, Princeton University Press, 1996.
- TUCKMAN, Jo, "Surrogacy Boom in Mexico Brings tales of Missing Money and Stolen Eggs", *The Guardian*, 25 de septiembre de 2014, disponible en: <http://www.theguardian.com/world/2014/sep/25/tales-of-missing-moneystoleneggssurrogacymexico> (consultado el 26 de noviembre de 2015).
- WHITEMAN, Hilary, "Una pareja australiana abandona bebé con síndrome de Down de madre subrogada", *CNN en español*, 4 de agosto de 2014, disponible en: <http://cnnespanol.cnn.com/2014/08/04/unaparejaaustralianaabandonabebeconsindromededownde-madre-subrogada/> (consultada el 26 de noviembre de 2015).

¿ES SÓLO CUESTIÓN DE TIEMPO? LA REGULACIÓN DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA...

Documentos electrónicos

“Falta legislar sobre reproducción asistida en México”, *Informador.Mx*, 13 de abril de 2014, disponible en: <http://www.informador.com.mx/suplementos/2014/522872/6/falta-legislar-sobre-reproduccion-asistida-en-mexico.htm> (consultado el 26 de noviembre de 2015).

“Tabasco, edén de la maternidad subrogada”, *Noticieros Televisa*, 11 de marzo del 2015, disponible en: <http://noticieros.televisa.com/mexico-estados/1503/tabasco-eden-maternidad-subrogada/> (consultado el 26 de noviembre de 2015).

“Vientres en renta, una alternativa para ser padres”, *Informador.Mx*, 03 de febrero de 2014, disponible en: <http://www.informador.com.mx/mexico/2014/510925/6/vientres-en-renta-una-alternativa-para-ser-padres.htm> (consultado el 26 de noviembre de 2015).

Revista de Derecho Privado, Cuarta Época,
año VI, núm. 11, enero-junio 2016