

UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA

Estudios con Reconocimiento de Validez Oficial por Decreto

Presidencial del 3 de abril de 1981



LA VERDAD
NOS HARÁ LIBRES

UNIVERSIDAD
IBEROAMERICANA

CIUDAD DE MÉXICO ®

“LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN MÉXICO, A LA LUZ DE LAS SENTENCIAS JUDICIALES, EVIDENCIA SU NECESARIA REGULACIÓN”

TESIS

Que para obtener el grado de

MAESTRO EN DERECHOS HUMANOS

Presenta

FEDERICO ESCUTIA KOBE

Directora

DRA. MARÍA DE JESÚS MEDINA ARELLANO

Contenido

I. Introducción.	3
II. Tipos de Reproducción Asistida.....	5
A) Inseminación artificial.....	5
B) Hiperestimulación ovárica controlada (HOC).....	6
C) Perfusión espermática a oviductos (FSP).....	6
D) Fertilización in vitro (FIV) y transferencia de embriones (TE).....	7
E) Transferencia intratubaria de gametos (GIFT).....	8
F) Transferencia intratubaria de embriones o cigotos (ZIFT).....	8
G) Donación de ovocitos y espermatozoides.....	9
H) Donación de Embriones.....	10
I) Aspiración microquirúrgica de espermatozoides de epidídimo (MESA).....	10
J) Ingeniería Genética; micromanipulación de gametos y embriones.....	11
K) Sustitución nuclear o clonación.....	12
L) Subrogación de vientre.....	13
III. Derecho Comparado.....	14
IV. Caso Artavia Murillo y otros (fertilización in vitro) Vs. Costa Rica.....	20
V. Antecedentes normativos relacionados con la reproducción asistida en el ámbito estatal mexicano.....	27
A) Código Civil para la Ciudad de México.....	27
B) Código Civil del Estado de México.....	28
C) Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo.....	29
D) Código Civil para el Estado de Tabasco.....	30
E) Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí.....	36
F) Código Civil del Estado de Zacatecas.....	38
G) Código de Familia para el Estado de Sonora.....	39
VI. Acción de inconstitucionalidad 62/2009.....	42
VII. Amparo en Revisión 2766/2015, interpuesto por Concepción Gómez Tejeda, por su propio derecho y en representación de su menor hijo, Emiliano Sánchez Gómez.....	50
VIII. Amparo en Revisión 619/2017, interpuesto por María Teresa Rico Cruz.....	65
IX. Amparo en Revisión 553/2018, interpuesto por Douglas Ramón Canul Rodríguez y Pedro Pablo Alemán Góngora.....	71
XI. Bibliografía.....	86

“LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LA NECESIDAD DE SU POSITIVIZACIÓN EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA”

I. Introducción.

En primer lugar, a efecto de informar al lector respecto del tema relativo a las “reproducción asistida”, es necesario establecer que se entiende por dicho concepto tanto en el ámbito académico, como en el moral, atendiendo al respecto lo que sobre el particular han expresado personas expertas en la materia.

En ese tenor, se tiene que en la actualidad y derivado de la innovación tecnológica, científica y médica, particularmente en los ámbitos de la biomedicina y biotecnología, se han desarrollado diversos métodos y técnicas de reproducción no coital, es decir, técnicas de reproducción asistida.

De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud, la reproducción médicamente asistida, debe entenderse, en términos generales como una forma de reproducción que se logra mediante la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación, técnicas de reproducción asistida, inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, ya sea con semen de la pareja o bien de un donante¹.

Por su parte, el referido organismo, estima que las técnicas de reproducción asistida se definen como: *“todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo; lo que incluye (sin ser limitativo), a la fecundación in vitro y transferencia de embriones, transferencia intratubárica de gametos, transferencia intratubárica de cigotos, transferencia intratubárica de embriones, criopreservación de ovocitos y embriones, donación de ovocitos y embriones, y el útero surrogado; sin que en dichas técnicas se incluya la*

¹ Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), visible en https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf, página 9, consultado el once de febrero de dos mil diecinueve.

*inseminación asistida (inseminación artificial) usando espermatozoides que no sean de la pareja ni de un donante*².

En ese sentido, las técnicas de reproducción asistida o reproducción no coital se definen como: “*el uso de tecnología altamente especializada que sustituye o complementa el contacto sexual para que la fertilización ocurra*”³.

Los derechos reproductivos constituyen un campo de normatividad nacional e internacional; han sido confirmados en la Conferencia Nacional de Población y Desarrollo de la Organización de las Naciones Unidas (El Cairo, 1994) y en la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer de la misma organización internacional (Pekín, 1995)⁴. Dentro de esos derechos, se encuentra la reproducción asistida, que consiste en aplicar técnicas dirigidas a facilitar el nacimiento de un ser vivo, cuando una pareja presenta problemas de fertilidad⁵.

También resulta evidente que si bien han existido considerables avances tecnológicos en relación con la reproducción humana, lo cierto es que en el ámbito de su regulación legislativa, la misma ha sido casi nula dentro del Estado Mexicano.

Por lo tanto, la finalidad del presente trabajo es la de evidenciar la problemática que conlleva el hecho de que no se encuentre regulado en la legislación mexicana lo relativo a la reproducción asistida, para lo cual en primer lugar, se precisaran los tipos de reproducción asistida existentes en la actualidad a efecto de demostrar lo amplio y diverso del tema en cuestión, para posteriormente traer al contexto los avances que en la cuestión de la positivización de la reproducción asistida han tenido otros países (derecho comparado), y en consecuencia, analizar lo resuelto en el ámbito internacional por la Corte Interamericana (caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica); hecho lo anterior, se especificará lo que en torno al tema ha sido materia de positivización en el ámbito local mexicano (estatal), para posteriormente analizar los casos más recientes y significativos, en relación con el tema que se aborda y que han sido materia de resolución por parte de la Suprema Corte de Justicia la

² *Ibíd*em, p. 10.

³ Pérez Carbajal y Campuzano, Hilda, *et al.*, *Técnicas de reproducción humana asistida*, Porrúa, México, 2015.

⁴ Ramírez Barba, Éctor Jaime y Vázquez Guerrero, Miguel Ángel. *Reproducción Asistida. Aspectos médicos, científicos, técnicos y bioéticos*, en Normativa en Bioética, Derechos Humanos, Salud y Vida, (coord. Gabriel García Colorado), México, Trillas, 2009, p. 73 y 81.

⁵ La Organización Mundial de la Salud ha sostenido que la infertilidad es una “*enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas*”. Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) 2010.

Nación, para finalmente demostrar la problemática que se pretende acreditar en la presente tesina.

II. Tipos de Reproducción Asistida.

Las técnicas de reproducción asistida han abierto expectativas y esperanzas en el tratamiento de la esterilidad, cuando otros métodos son poco adecuados o ineficaces, y aunque no están indicadas para todos los problemas de esterilidad, permite embarazos en casos considerados previamente como desahuciados y sus indicaciones y aceptación aumentan cada vez más, por lo que se les utiliza con mayor frecuencia.

Los avances médicos y tecnológicos han permitido que en la actualidad existan diversas técnicas de procreación humana asistida, las cuales se perfeccionan cada vez más, con la finalidad de atender las necesidades clínicas y sociales en materia de reproducción; a continuación se precisan algunos de estos métodos, con base en el listado efectuado por Hilda Pérez y Dina Rodríguez, en su texto "*Técnicas de reproducción humana asistida*"⁶, con la finalidad de mostrar una visión general de cada una de ellas; clasificación que a efectos del desarrollo de este trabajo de investigación, resulta la más conveniente.

A) Inseminación artificial⁷

Esta técnica consiste en el depósito de semen en el útero de la mujer sin que se haya efectuado contacto sexual, sino que lo realiza por un especialista médico ginecólogo, con la pretensión de que algunos espermatozoides entren en contacto con el óvulo para que la fertilización, si se produce, ocurra en el lugar y de la manera habitual.

Se realiza solicitando una muestra de semen a la pareja, los espermatozoides obtenidos; después de tres o cuatro días de abstinencia sexual, se colocan en un recipiente estéril, se valora el número en el laboratorio y el tipo de movilidad espermática, después se preparan en función de la calidad de cada muestra.

En síntesis, la inseminación artificial puede definirse como el acto médico por el que se introduce espermatozoides, en el aparato genital de la mujer, para procurar la fecundación; es un procedimiento artificial en cuanto a la manera de obtener el espermatozoides y por su introducción en

⁶ Pérez Carbajal y Campuzano Hilda y Rodríguez López Dina, *Técnicas de reproducción humana asistida*, Porrúa, México, 2015.

⁷ *Ibidem*, p. 28 y 29.

el cuerpo de la mujer, pero lo demás, es decir la fecundación y el proceso posterior de multiplicación celular, es natural.

Esta técnica puede subclasificarse por el lugar de los genitales femeninos donde es depositado el semen, según sus condiciones, de tal manera que puede ser intrauterina, intracervical, vaginal, intraperitoneal e intrafolicular.

Para distinguir los diferentes tipos de inseminación artificial se siguen criterios meramente técnicos, los cuales atienden a la preparación del semen, al lugar en el que se deposite, la técnica utilizada y si el semen proviene o no del esposo de la mujer a quien se le aplicarán o de un tercero donador⁸.

B) Hiperestimulación ovárica controlada (HOC)⁹

Es una técnica de reproducción asistida, es utilizada de manera complementaria o para facilitar el uso de otros métodos (como la inseminación artificial y la fecundación in vitro), se realiza con la finalidad de aumentar la cantidad de óvulos disponibles mediante la aplicación de gonadotrofinas y citrato de clomifeno; es decir, se lleva a cabo una estimulación hormonal a la mujer, con la finalidad de que el ovario produzca varios óvulos simultáneamente, proceso para el cual, la paciente debe someterse a un tratamiento hormonal indicado por el médico.

De este modo, este procedimiento constituye un acto previo para facilitar el procedimiento de fecundación in vitro o la inseminación, ya que así se asegura que el porcentaje de la probabilidad de embarazo sea mayor, toda vez que se obtiene un número suficiente de ovocitos que serán fecundados in vitro y que podrán generar varios embriones que pudieran quedar congelados para su utilización posterior. Con esta técnica también se pueden administrar los agonistas de la hormona liberadora de gonadotropinas, para producir una inactividad ovárica completa y aplicar, entonces, dosis elevadas de gonadotropina que actúa directamente sobre el ovario; de esta manera, se produce una producción supernumérica de ovocitos¹⁰.

C) Perfusión espermática a oviductos (FSP)¹¹

⁸ *Ibíd*em, p. 28 y 29.

⁹ *Ibíd*em, p. 30.

¹⁰ *Ibíd*em, p. 30.

¹¹ *Ibíd*em, p. 31.

Esta técnica es un procedimiento utilizado por el doctor Kahn, en Noruega, consiste en inseminar un mayor volumen de medio de cultivo con espermatozoides previamente capacitados para que lleguen a las fimbrias por vía trans-cervical, se combina con la Hiperestimulación ovárica controlada para aumentar la posibilidad de unión entre el óvulo y el espermatozoide¹².

D) Fertilización in vitro (FIV) y transferencia de embriones (TE)¹³

También es conocida como fecundación artificial o extracorpórea, consiste básicamente en provocar el encuentro del óvulo de la madre fuera de su cuerpo con el esperma del padre; es decir, consiste en reproducir con técnicas de laboratorio el proceso de fecundación que normalmente ocurre en la parte superior de las trompas de falopio.

Es un proceso médico científico de varias etapas tendiente a subsanar problemas de esterilidad en la mujer y consiste en la obtención y extracción de células germinales masculinas y femeninas que son puestas en contacto de manera artificial. Lograda la fusión y conseguido, por tanto, el embrión fuera del claustro materno, luego es trasplantado a éste para que el embarazo siga su curso natural.

Esta técnica se relaciona directamente con el método denominado transferencia de embriones (TE), pues posteriormente a que se obtiene el huevo fecundado, se le conserva en un medio de cultivo para verificar su viabilidad y su correcta división, y una vez logrado esto se le traslada a la cavidad uterina para su desarrollo posterior, para que posteriormente se aplique se requiere un útero normal y al menos un ovario que funcione para obtener los óvulos, así como una muestra espermática aceptable.

Una vez que se ha transferido el embrión al útero de la mujer hay que esperar que la implantación se produzca, pues no en todos los casos ocurre, y una vez implantado se debe esperar a que no resulte una complicación, como lo sería un aborto o embarazo extrauterino; de no ser así, se lleva a cabo una gestación completamente normal.

Debe precisarse que esta técnica implica no sólo la fecundación de un óvulo con un espermatozoide en un medio de cultivo, sino que también se realizan múltiples actos de fecundación, lo que genera la existencia de varios embriones, que en potencia podrían dar

¹² *Ibídem*, p. 31.

¹³ *Ibídem*, p. 32 y 33.

lugar a un ser humano si se implantaran en el útero de una mujer. La razón de esto es porque existe baja probabilidad de que un solo embrión siga el proceso esperado, por lo que hay que tener varios embriones para que sean aplicados. Esta práctica implica la transferencia de 3 a 5 embriones al útero de la mujer con la esperanza de que uno de ellos se implante¹⁴.

E) Transferencia intratubaria de gametos (GIFT)¹⁵

Se trata de un procedimiento desarrollado por el científico argentino Ricardo Asch, y diversos colaboradores, que consiste en la colocación de óvulos y espermatozoides capacitados para lograr la fertilización en las trompas de la mujer estéril, siempre y cuando su permeabilidad no esté afectada. Se propicia el proceso fisiológico de fecundación propio del ser humano, de tal manera que tanto la fertilización como el transporte y nidación siguen los parámetros normales.

Esta técnica se desarrolló para mejorar los resultados de la fecundación in vitro, y después de experimentar con primates de 1977 a 1984, el mencionado científico Asch y su equipo de trabajo, propusieron una nueva alternativa en el tratamiento de la esterilidad para aquellas pacientes que al menos tuvieran una trompa de falopio en buen estado, puesto que el procedimiento consiste esencialmente en colocar, por laparoscopia o minilaparotomía, espermatozoides y ovocitos en la porción ampular de un oviducto, para que ahí se realice la fertilización.

Se podría decir que esta técnica es el punto intermedio entre la inseminación artificial y la fecundación in vitro, pues a pesar de que la fecundación no es extracorpórea, resulta necesario preparar los óvulos y los espermatozoides en el laboratorio; además, exige una operación de extracción de óvulos precedida generalmente de un tratamiento hormonal de inducción a la ovulación¹⁶.

F) Transferencia intratubaria de embriones o cigotos (ZIFT)¹⁷

Es una técnica que combina la transferencia intratubaria de gametos y la fertilización in vitro, ya que aquí la transferencia intratubaria es de embriones o huevos fecundados. Se le

¹⁴ *Ibíd.*, p. 32 y 33.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 34.

¹⁶ *Ibíd.*, p. 34.

¹⁷ *Ibíd.*, p. 35.

denomina de manera diferente según sea el estadio del huevo fecundado: ZIFT paracigotos, PROST (Pronuclear Stage Transfer), paracigotos o embriones en la etapa pronuclear o TEST (Tubal Embryo Stage Transfer) para embriones de dos a ocho células, pero a efectos de simplificar ésta conceptualización nos referiremos en general a todas estas técnicas.

En ese sentido, cabe recordar que como se hace en la FIV, la transferencia de embrión o cigoto es en realidad una variable de esta última con la diferencia de que la transferencia no se realiza al útero, sino a una trompa de Falopio, y hoy día se trata de una técnica no demasiado utilizada, pues se prefiere practicar la fecundación in vitro¹⁸.

G) Donación de ovocitos y espermatozoides¹⁹

La técnica denominada donación de ovocitos tiene las mismas implicaciones que la donación de espermatozoides, pues la unión de estos dos gametos origina un nuevo ser humano, pero tratándose de la donación, el padre o la madre biológicos deben ceder su material genético para que otras personas funjan como padre o madre.

Este tipo de forma de reproducción asistida se ha utilizado desde hace más de cien años, en un inicio con la donación de espermatozoides, porque era muy difícil obtener los ovocitos y sincronizar a la donadora y a la receptora en un desarrollo ovular y endometrial completamente a la par; sin embargo, en las últimas dos décadas del siglo XX este procedimiento se perfeccionó para hacerse viable.

Se ha demostrado que la causa de las tasas bajas de embarazo en mujeres de edad avanzada es la calidad del ovocito y no la del endometrio, y que cuando se utilizan ovocitos de donadoras jóvenes, aun en gestadoras de edad avanzada, los resultados mejoran notablemente, por lo que la donación de ovocitos se ha empezado a utilizar con diferentes técnicas de reproducción asistida, según el caso particular.

Las donadoras de los ovocitos y donadores de espermatozoides pueden ser personas anónimas o bien conocidos, en el caso de los varones generalmente el esperma proviene de bancos establecidos y con bastante tiempo de operación, que ofrecen ese servicio como una especie de catálogo en el que se puede elegir el material genético deseado para la creación

¹⁸ *Ibídem*, p. 35.

¹⁹ *Ibídem*, p. 36.

de un nuevo ser humano; es decir, es posible escoger las características físicas y psicológicas que tendrá.

Por lo que respecta a las mujeres, en ninguna parte del mundo existen propiamente los bancos de óvulos, sino que todos los ovocitos utilizados provienen de pacientes que han acudido a programas de reproducción asistida y en cuyos tratamientos se da un sobrante de ovocitos, que previamente acceden a donar si no se utilizarán en ellas; sin embargo, puede acontecer el caso de que provengan de familiares, conocidos o bien de personas que acepten donar sus óvulos a cambio de una remuneración económica²⁰.

H) Donación de Embriones²¹

Esta es una técnica que se considera una extensión o derivado de la fecundación in vitro, ya que en la actualidad no existen métodos adecuados para la criopreservación de ovocitos. Así, la donación de huevos fecundados in vitro resulta ser la opción para criopreservar embriones y posteriormente utilizarlos en la aplicación de otras técnicas de reproducción asistida.

Los embriones obtenidos in vitro se caracterizan por ser el resultado de la unión de los gametos masculinos y femeninos en el útero de una mujer, para después ser extraídos de la cavidad uterina mediante el lavado de la misma.

La mayor parte de los embriones resultan ser excedentes de los embriones utilizados en las diversas técnicas de reproducción humana asistida, pues comúnmente las parejas que logran su objetivo, aceptan donar los embriones sobrantes o bien los dejan en las clínicas de reproducción, por lo cual éstas clínicas usualmente solicitan la donación de dichos embriones, siempre informando a los donantes que serán utilizados en técnicas de reproducción asistida para otras personas²².

I) Aspiración microquirúrgica de espermatozoides de epidídimo (MESA)²³

Esta resulta ser una técnica desarrollada específicamente para el problema de esterilidad en hombres con problemas obstructivos posttesticulares, pues consiste en una aspiración microquirúrgica de los espermatozoides en las porciones más proximales del

²⁰ *Ibídem*, p. 36.

²¹ *Ibídem*, p. 38.

²² *Ibídem*, p. 38.

²³ *Ibídem*, p. 39.

epidídimo (lo más cercanas al testículo), de esa forma los espermatozoides obtenidos son preparados para posteriormente llevar a cabo una fecundación in vitro.

Hasta antes de 1987 no existía ningún tratamiento para este tipo de problema de esterilidad, hasta que con los avances en la tecnología en reproducción asistida, se comenzó a llevar a cabo este método, que actualmente ofrece buen pronóstico para pacientes con este diagnóstico que antes eran remitidos a inseminación terapéutica por donador o bien se recurría como solución alternativa a la adopción, ante la imposibilidad de los esposos para la procreación²⁴.

J) Ingeniería Genética; micromanipulación de gametos y embriones²⁵

Actualmente se ha tenido noticia de que como extensión o apoyo de los procedimientos de reproducción humana asistida, se han empezado a manipular con el microscopio gametos y huevos fecundados, en un intento de mejorar los resultados de la reproducción, posteriormente también se les ha manipulado para la corrección de anomalías genéticas y cromosómicas.

Estas técnicas se resultan ser un conjunto de lo que se conoce como ingeniería genética, la cual ha tenido un desarrollo relativamente reciente puesto que el conocimiento de los ácidos nucleicos inició en el siglo XIX y la estructura del DNA se conoció hasta mediados del siglo XX. Cabe precisar que en 1953 James D. Watson y Francis Crick propusieron la estructura de doble hélice para el DNA, de tal manera que todo esfuerzo realizado en la ingeniería genética se centra en el estudio del DNA genómico, siendo esta área la principal expresión de la biología molecular.

La ingeniería genética tiene su principal expresión en el denominado Proyecto Genoma Humano, el cual consiste en realizar un cartografiado genético del DNA del ser humano para conocer todas las enfermedades que lo han atacado, aun las enfermedades futuras para en primera instancia prevenirlas y posteriormente erradicarlas. Con ello se inició el camino hacia la cura de diversas enfermedades como la enfermedad de Huntington, la hemofilia, el melanoma maligno y el síndrome de Down, entre otras, buscando que en el futuro la especie humana esté completamente sana y sin ninguna enfermedad. Cabe precisar que si bien el mapa genético humano se completó en 2003, el perfeccionamiento del mismo

²⁴ *Ibíd*em, p. 39.

²⁵ *Ibíd*em, p. 40 y 41.

continúa en muchos países, para que cada población tenga el propio, que atienda sus características raciales.

Los avances de la microbiología celular han determinado que existe una única información genética entre las distintas especies orgánicas en el mundo. La especie humana reconoce una información transmisible de generación en generación, en virtud de que en todas las células humanas se advierte en su núcleo el funcionamiento de 23 pares de cromosomas o filamentos que se componen por proteínas básicas y ácido desoxirribonucleico, sustancia química portadora de los caracteres de la herencia y el conjunto de toda la información genética que se trasmite de un individuo a otro mediante la fecundación constituye el genoma y el proyecto genoma humano procura conocer científicamente toda esa información genética y así construir el mapa genético humano.

En México se instauró el Instituto Nacional de Medicina Genómica, el cual se encuentra elaborando el mapa genómico de los mexicanos, para estar en posibilidad de determinar las enfermedades a las que estamos propensos genéticamente en nuestro país y evitarlos a través de una manipulación embrionaria con la intención de que los seres humanos futuros, nazcan sin ciertas propensiones hereditarias.

La manipulación genética se ha desarrollado en estadios embrionarios de 8 a 10 células, en los cuales puede extraerse uno de los blastómeros para diagnóstico genético o cromosómico examinando las cadenas de ADN, sin que los demás blastómeros pierdan su capacidad totipotencial y sin comprometer el desarrollo posterior de un organismo viable²⁶.

K) Sustitución nuclear o clonación²⁷

Se entiende por clon a todo individuo genéticamente igual a otro, es decir, que comparte todos sus genes; pueden ser naturales, como los gemelos monocigóticos, o de laboratorio, en este último caso existen cuatro tipos:

a) la clonación de preembriones extrayendo y aislando sus células o blastómeros y trasladándolos independientemente a úteros distintos, recubiertos de una membrana artificial.

²⁶ *Ibídem*, p. 40 y 41.

²⁷ *Ibídem*, p. 42.

b) la clonación, de preembriones en fase de dos células, estrangulando la membrana del preembrión, para la formación de dos gemelos idénticos, una vez transferidas aquéllas al útero.

c) la clonación de preembriones extrayendo y aislando sus células o blastómeros e introduciendo cada una de ellas en un óvulo al que se han inactivado y anulado previamente los cromosomas con radiaciones ultravioletas, para su posterior transferencia al útero.

d) El clonado por sustitución de núcleos en virtud de que involucra la extracción del núcleo de una célula (citoplasto) seguida de la transferencia de otro núcleo rodeado de una pequeña porción de citoplasma (carioplasto) proveniente de una segunda célula, la fusión del carioplasto y el citoplasto; puede realizarse con microinyección o utilizando un virus como vector, con transferencia posterior de dicho óvulo al útero, esto permite la creación de seres idénticos.

La clonación se ha logrado en animales, como el caso de la oveja Dolly, producto de una clonación y que parecía llevar un desarrollo normal hasta que murió de cáncer finales de 2002. La clonación en humanos se encuentra en un fuerte debate de carácter ético, moral y religioso sobre su conveniencia o no. Hasta el momento sólo existen rumores de que se ha conseguido, pero no se ha podido comprobar un caso viable²⁸.

L) Subrogación de vientre²⁹

La maternidad subrogada, gestación de sustitución o alquiler de útero, se define como el acto productor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra persona.

Para llevar a cabo esta forma de reproducción asistida existen diferencias técnicas en su realización, las cuales generan en estricto sentido diversas denominaciones técnicas, como lo son:

1. Gestación sustituta o subrogada: Desde el punto de vista estrictamente técnico, se da cuando el embrión de una pareja es implantado en el útero de una

²⁸ *Ibidem*, p. 42.

²⁹ *Ibidem*, p. 44 y 45.

mujer que llevará a cabo la gestación hasta el parto, después del cual está obligada a entregar al niño a sus padres biológicos.

2. Maternidad compartida: ocurre cuando una mujer acepta ser inseminada con el esperma del varón de una pareja, aportando su propio óvulo y que después de la gestación y el parto entregue el hijo al padre biológico, renuncie a todos sus derechos que la maternidad le genera y admita la adopción de la pareja del padre biológico en relación con la maternidad del, menor, técnicamente se debe reconocer que ésta corresponde a una inseminación artificial heteróloga, pues en realidad la madre del bebé lo es de manera genética y obstétrica, por lo tanto no existe sustitución alguna del vientre; es decir, no se da la hipótesis consistente en que una mujer se preste a gestar un embrión que genéticamente es de otra mujer.

Se puede llegar al extremo de que el embrión provenga de la fecundación in vitro de los gametos de dos donadores, o bien que la mujer gestadora sea inseminada con semen de un donador. Incluso podemos encontrar una clasificación sui géneris de esta técnica, atendiendo a la posible compensación económica que se le da o no a la portadora del nuevo ser en gestación; ésta puede ser:

1. Maternidad sustituta comercial: Se da cuando una mujer acepta embarazarse por otra, como si se tratara de un servicio por el cual se paga una cantidad cierta y determinada, además de los gastos de la gestación.

2. Maternidad sustituta altruista: Existe cuando una mujer acepta gestar un hijo por cuenta de otra de manera totalmente gratuita, generalmente porque entre ella y la pareja implicada existe un lazo de amor, amistad o parentesco.

Por lo anterior, es madre sustitua o madre subrogada a la mujer fértil que se ofrece a gestar a un hijo por cuenta ajena acordando mediante un “contrato” permitir el implante de un embrión humano en el útero, o bien que sea inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado, que no es su esposo, y procrear un hijo. Al momento que éste nazca debe renunciar a sus derechos maternos filiales sobre el menor, para que la esposa del padre pueda adoptarlo³⁰.

III. Derecho Comparado.

³⁰ *Ibíd*em, p. 44 y 45.

Desde la óptica del derecho comparado, existe una gran disparidad en cuanto a la regulación de los temas relativos a la reproducción asistida, teniendo en cuenta además que en la mayor parte de los países no existe una regulación concreta ni uniforme internamente respecto de dichos temas.

El Reino Unido fue un pionero por lo que hace a la reproducción humana asistida, el gobierno destina gran parte de sus recursos para la investigación en esta materia³¹. Una de las características en su regulación, es que está dirigida a la creación de embriones humanos de manera extracorpórea, aclarándose que no quedan protegidos los embriones producidos en el cuerpo humano y extraídos posteriormente; además tal legislación establece expresamente que el embarazo inicia con la anidación del embrión; permite la conservación de embriones por un período de cinco años, y la conservación de gametos hasta por diez, plazos que pueden ser ampliados; prohíbe la creación de embriones y su almacenamiento, así como mezclar gametos humanos con gametos de animal, salvo autorización; establece que la subrogación de matriz debe realizarse previo acuerdo no oneroso aprobado por un tribunal y es necesario que quienes reciban al hijo soliciten judicialmente el reconocimiento como padres³².

Otro de los pioneros en legislar sobre el tema de reproducción asistida es España, quizá sea el país con la legislación más pormenorizada al respecto, pues desde 1988 se emitió por primera vez la Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, sin embargo, debido a los avances científicos, existieron diversas modificaciones legislativas sobre el tema, ya en la Ley 45/2003³³, se propuso un trato diferente a los pre-embryones crioconservados en función de cuál fuera la fecha de su generación, en la Ley de 2006 agregó importantes novedades como la definición del concepto de pre-embrión, el cual hasta el momento no había sido claramente definido. Actualmente, siguiendo las disposiciones de la Constitución europea, prohíbe la clonación en seres humanos con fines reproductivos, omitiendo la clonación con fines de investigación.

³¹ Human Fertilization and Embryology Act, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>, fecha de consulta 12 de febrero de 2019.

³² *Ibidem*.

³³ Ley 45/2003, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-21341>, fecha de consulta 12 de febrero de 2019.

Por su parte, en Alemania³⁴ por la vía civil y penal, se han establecido diversas restricciones y sanciones encaminadas a la protección del embrión, asimismo, se restringe el número de óvulos a fecundar a un máximo de tres, en cuanto a la criogenización de embriones la ley es omisa aunque es una práctica común en las clínicas de fertilidad, la subrogación de matriz se encuentra prohibida, ya que se sanciona la fecundación artificial o la transferencia de embriones a una mujer, cuando ésta pretenda darlo a un tercero una vez alumbrado el hijo, además se prohíbe la enajenación de un embrión, así como la selección de sexo, las técnicas de procreación asistida post mortem y la clonación de embriones, fetos, seres humanos e inclusive de personas muertas así como la modificación o alteración de la información hereditaria de células germinales humanas y su uso para generar un embrión y la formación de híbridos.

En Suiza existe regulación a nivel constitucional en materia de medicina reproductiva³⁵, que establece diversas normas relativas a la medicina reproductiva e ingeniería genética, previendo que todo ser humano tiene un derecho al patrimonio genético, prohibiéndose en consecuencia todo tipo de clonación e intervención genética, transferencia de material germinal y genético no humano al humano y viceversa; respecto de las técnicas de procreación asistida, limita su aplicación a problemas de infertilidad o para evitar la transmisión de enfermedades graves hereditarias; se prohíbe de manera expresa la investigación con gametos y embriones, la subrogación de matriz como la donación de embriones, además de cualquier forma de comercialización de óvulos, espermias y embriones. Se permite la fecundación extracorpórea de óvulos femeninos.

En Estados Unidos existen dos legislaciones³⁶ de carácter federal relacionadas con la medicina reproductiva, las cuales regulan tanto la aplicación de las técnicas de reproducción, como los estándares que deben seguirse en la aplicación de test en humanos; y, obligan a las clínicas y laboratorios a reportar al gobierno las actividades que realizan, así como la incidencia de fracasos o éxitos en la aplicación de las referidas técnicas. Desde 2003 se

³⁴ Ley sobre Protección a Embriones, [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/0A365E8D55169B5B0525830C0057CC31/\\$FILE/ley_Alemana.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/0A365E8D55169B5B0525830C0057CC31/$FILE/ley_Alemana.pdf), fecha de consulta 12 de febrero de 2019.

³⁵ Constitución Federal de la Confederación Suiza, <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ch/ch191es.pdf>, fecha de consulta 12 de febrero de 2019.

³⁶ Clinical Laboratory Improvement Amendments Act, <https://www.cms.gov/Regulations-and-Guidance/Legislation/CLIA/index.html>, fecha de consulta 13 de febrero de 2019. Fertility Clinics success Rate and Certification Act, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-106/pdf/STATUTE-106-Pg3146.pdf>, fecha de consulta 13 de febrero de 2019.

prohíbe expresamente la clonación humana, así como la importación de embriones producidos a partir de la técnica de donación.

Además, la mayor parte de los estados tienen sus propias legislaciones, lo que provoca que la regulación sea dispar, sin embargo, uno de los vacíos más evidentes en términos generales, es el tema relativo a la conservación de embriones sobrantes o la subrogación de matriz, temas que usualmente son resueltas por medio del sistema tradicional del common law.

En el caso de Canadá, cada provincia tiene autonomía jurídica relativamente, por lo que la regulación respecto de la reproducción asistida, no ha sido uniforme. Una de las primeras provincias que desarrolló regulación sobre este tema fue Quebec, que en su Código Civil, se establece la filiación derivada de las personas que nacen a partir de técnicas de procreación asistida.

A partir de un proyecto de ley denominado *Assisted Human Reproductive Act*³⁷, en 2004 se emitió una ley relativa a la reproducción asistida, legislación muy pormenorizada, con aplicación en todo el país, al amparo de la cual se creó la Agencia Canadiense de Control de la Procreación Asistida y se prohibió la clonación, la maternidad subrogada con fines comerciales, la posibilidad de crear híbridos a partir de material biológico humano, la implantación en humanos de embriones híbridos o no humanos y de embriones humanos en un animal, así como la posibilidad de comercializar con gametos y la utilización de material genético humano sin el consentimiento apropiado.

Por su parte, en Argentina el tema de la reproducción asistida no está regulado de manera específica y concreta, únicamente se prohíbe expresamente la clonación con seres humanos³⁸.

En la Constitución brasileña³⁹ de 1998, se estableció como obligación del Estado, la preservación de la diversidad y la integridad del patrimonio genético, así como la fiscalización de las entidades dedicadas a la investigación y manipulación de material genético; disposiciones constitucionales a partir de las cuales se emitió una ley relativa a las normas

³⁷ *Assisted Human Reproduction Act*, visible en <https://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/A-13.4.pdf>, consultado el 11 de febrero de 2019.

³⁸ Decreto 200/2007, <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-200-2007-136382>, consultado el 11 de febrero de 2019.

³⁹ Ley 11.105, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm, fecha de consulta 13 de febrero de 2019.

de seguridad y mecanismos de fiscalización de aquellas actividades que incluyan organismos genéticamente modificados, ordenamiento en el que se permite la investigación terapéutica con embriones humanos sobrantes no viables derivados de técnicas de fertilización in vitro o congelados con antigüedad de más de tres años, previo consentimiento de los progenitores, y prohíbe la ingeniería genética aplicada a células germinales humanas, cigotos o embriones humanos, así como la clonación humana.

Por otra parte, en Costa Rica en febrero de 1995, el Ministerio de Salud emitió un Decreto Ejecutivo en el que se autorizaba la práctica de la fecundación in vitro para parejas conyugales y regulaba su ejecución, sin embargo, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, al resolver la acción de inconstitucionalidad presentada en contra de dicho Decreto, emitió una sentencia en la que prohibió dicho método, declarando inconstitucional la propuesta de ley.

En el orden jurídico colombiano⁴⁰, a partir de julio de 2000, se prevé sancionar con prisión quien manipule genes humanos alterando el genotipo con finalidad diferente al tratamiento, el diagnóstico o la investigación científica relacionada con ellos en el campo de la biología, la genética y la medicina, orientados a aliviar el sufrimiento o mejorar la salud de la persona y de la humanidad, asimismo, se penaliza la generación de seres humanos idénticos por clonación o cualquier otro medio, la fecundación y tráfico de embriones humanos con finalidad diferente a la procreación, así como la inseminación artificial no consentida.

Desde 2004 se prohíbe en Panamá⁴¹ toda forma de financiamiento con la finalidad de experimentación, investigación o desarrollo de clonación humana, sin embargo, se permite la reproducción de tejidos para la reparación de órganos con fines terapéuticos a partir del cordón umbilical del recién nacido únicamente para el beneficio de éste, de sus familiares o de terceros, previo consentimiento y siempre que no sea con fines lucrativos.

⁴⁰ Código Penal, http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html, fecha de consulta 13 de febrero de 2019.

⁴¹ Ley número 3 del 15 de enero de 2004, <https://docs.panama.justia.com/federales/leyes/3-de-2004-jan-19-2004.pdf>, fecha de consulta 12 de febrero de 2019.

En Perú, la Ley General de Salud⁴² dispone que el derecho que tiene toda persona de recurrir a tratamientos para infertilidad, así como a procrear a través de técnicas de reproducción asistida previo consentimiento por escrito de quienes se sometan a dichas técnicas; sin embargo, prohíbe tácitamente la maternidad subrogada y expresamente la clonación, incluyendo en su legislación penal, sanciones para quienes utilicen cualquier técnica de manipulación genética con fines de clonación de seres humanos.

La regulación de las técnicas de procreación asistida en China⁴³ surgió a partir de 2000, regulación que está dirigida a cualquier forma de creación, uso o manipulación de embriones, independientemente de si los mismos son o no implantados en el cuerpo de una mujer, en dicha legislación está prohibida la creación de embriones con fines de investigación, la combinación de gametos o embriones humanos y no humanos así como la conservación de embriones más allá de la aparición de la línea primitiva, la implantación de embriones humanos en animales o bien la implantación de embriones animales en humanos, la clonación la selección de sexo, excepto que se trate de evitar enfermedades ligadas al sexo. Una de las características, de esta regulación es que se encuentran reservadas para parejas unidas en matrimonio, además de que se permite la donación de material biológico prohibiéndose cualquier tipo de pago; además, la subrogación de matriz se permite de manera altruista y previo acuerdo que será obligatorio y ejecutable, sin embargo están prohibidas las agencias para tales fines.

Japón cuenta con una regulación⁴⁴ complicada esencialmente referida a la clonación, es una legislación abundante y redundante en cuanto a las definiciones al respecto; en principio no se permite la clonación en seres humanos adultos, pero no impide aceptar la clonación de embriones, define alternativas por las que se puede obtener un embrión y prohíbe la transferencia de embriones al útero de un humano o un animal.

Otro de los países pioneros en la investigación biomédica relativa a la procreación humana asistida, es Australia y fue uno de los primeros países en enfrentarse a problemas jurídicos derivados de la aplicación de técnicas reproductivas; de los ocho territorios en los que se divide, solo tres han regulado de manera específica la aplicación de biotecnologías

⁴² Ley General de Salud, http://www.essalud.gob.pe/ietsi/pdfs/tecnologias_sanitarias/1_Ley_26842-1997-Ley-General-de-Salud-Concordada.pdf, consultado el 12 de febrero de 2019.

⁴³ Human Reproductive Technology Ordinance, <http://www.hklii.org/cgi-bin/sinodisp/eng/hk/legis/ord/561/longtitle.html>

⁴⁴ Human Cloning Regulation Act, <http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/hourei/data/htc.pdf>

reproductivas. Desde 2002, con la Prohibition of Human Cloning Act, se establecieron sanciones penales para quienes pretendan clonar seres humanos, específicamente penaliza la creación de embriones que no tengan como finalidad el embarazo de una mujer, la implantación de un embrión humano clonado en una mujer o en cualquier animal, la importación de embriones clonados, la creación de embriones desarrollados a partir de material genético de más de dos seres humanos, el mantenimiento de embriones fuera del cuerpo humano por más de catorce días, la creación de híbridos, las alteraciones genómicas en el embrión, o la comercialización de células germinales o de embriones.

IV. Caso Artavia Murillo y otros (fertilización in vitro) Vs. Costa Rica.⁴⁵

Los hechos del presente caso se relacionan con la aprobación del Decreto Ejecutivo No. 24029-S de 3 de febrero de 1995, emitido por el Ministerio de Salud en Costa Rica, el cual autorizaba la práctica de la fecundación in vitro (FIV) para parejas conyugales y regulaba su ejecución. La FIV fue practicada en Costa Rica entre 1995 y 2000.⁴⁶

El 7 de abril de 1995 se presentó una acción de inconstitucionalidad contra dicho Decreto Ejecutivo, utilizando diversos alegatos sobre violación del derecho a la vida. El 15 de marzo de 2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica **anuló** por inconstitucional el Decreto Ejecutivo citado en el párrafo que antecede, es decir, se prohibió la FIV.

Nueve parejas presentaron una petición a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) debido a esta situación. En todas las personas se evidenció: i) las causas de infertilidad de cada pareja; ii) los tratamientos a los cuales recurrieron para combatir dicha condición; iii) las razones por las cuales acudieron a la FIV; iv) los casos en que se interrumpió el tratamiento para realizar la FIV debido a la sentencia de la Sala Cuarta, y v) los casos en que las parejas debieron viajar al exterior para realizarse dicho procedimiento.

La Corte Interamericana al iniciar el estudio del fondo del asunto señaló que el artículo 11 de la Convención Americana⁴⁷ requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar. El

⁴⁵ Caso Artavia Murillo y otros (2012), sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf, fecha de consulta 13 de febrero de 2019.

⁴⁶ *Ibíd*em Pp. 23 y 24.

⁴⁷ *Ibíd*em p. 44.

ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad.

Así, se puede decir que el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho “a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”. Este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad. Así, la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos.⁴⁸

Además, la Corte sostiene que los Estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y a la integridad personal, siendo que la salud reproductiva implica los derechos del hombre y de la mujer a ser informados y a tener libre elección y acceso a métodos para regular la fecundidad, que sean seguros, eficaces, de fácil acceso y aceptables.

En consecuencia, la CIDH concluyó que el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho al goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente y, en el ámbito interamericano, se encuentra contemplado en el artículo XIII de la Declaración Americana y en el artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador. Cabe mencionar que la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Declaración sobre este derecho, señaló la relación entre éste y la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de todos los sectores de la población. Por tanto, y conforme al artículo 29 b) de la Convención Americana, el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la

⁴⁸ *Ibidem*. Pp. 46 y 47.

Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona.⁴⁹

En el presente caso, la Corte observó que el concepto de "persona" es un término jurídico que se analiza en muchos de los sistemas jurídicos internos de los Estados Parte. Sin embargo, para efectos de la interpretación del artículo 4.1, la definición de persona está anclada a las menciones que se hacen en el tratado respecto a la "concepción" y al "ser humano", términos cuyo alcance debe valorarse a partir de la literatura científica.

Por otra parte, la FIV refleja que puede pasar un tiempo entre la unión del óvulo y el espermatozoide, y la implantación. Por tal razón, la definición de "concepción" que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado. Antes de la FIV no se contemplaba científicamente la posibilidad de realizar fertilizaciones fuera del cuerpo de la mujer.

No obstante lo anterior, la Corte considera que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término "concepción". Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Además, teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un "ser humano", lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo.⁵⁰

En este sentido, la Corte entiende que el término "concepción" no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un

⁴⁹ *Ibidem.* P. 49.

⁵⁰ *Ibidem.* Pp. 53 a 57.

embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba de lo anterior, es que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada “Gonodotropina Coriónica”, que sólo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal entiende el término “concepción” desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana.

La Corte observó que las tendencias de regulación en el derecho internacional no llevan a la conclusión que el embrión sea tratado de manera igual a una persona o que tenga un derecho a la vida. En relación con el derecho comparado la Corte consideró que aun y cuando no existen muchas regulaciones normativas específicas sobre la FIV, lo cierto es que la mayoría Estados Parte de la Convención ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la FIV. En ese sentido, dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental -y no absoluta- de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona.⁵¹

En el caso en particular, la Corte resalta el hecho de que la prohibición de la FIV impactó en la intimidad de las personas⁵², toda vez que, en algunos casos, uno de los efectos indirectos de la prohibición ha sido que, al no ser posible practicar esta técnica en Costa Rica, los procedimientos que se impulsaron para acudir a un tratamiento médico en el extranjero exigían exponer aspectos que hacían parte de la vida privada; aunado a lo anterior existió una afectación de la autonomía personal y del proyecto de vida de las parejas cuya única opción de procrear es la FIV, lo que además violentó la integridad psicológica de las personas al negarles la posibilidad de acceder a un procedimiento que hace posible desplegar la libertad reproductiva deseada.

Por otra parte y en atención a que la infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo⁵³, la Corte determinó que la infertilidad es una limitación funcional reconocida

⁵¹ *Ibidem*. P. 81.

⁵² *Ibidem*. Pp. 87 y 88

⁵³ *Ibidem*. P. 93.

como una enfermedad y que las personas con infertilidad en Costa Rica, al enfrentar las barreras generadas por la decisión de la Sala Constitucional, debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva; máxime que la prohibición de la FIV puede afectar tanto a hombres como a mujeres y les puede producir impactos desproporcionados diferenciados por la existencia de estereotipos y prejuicios en la sociedad, así como un impacto desproporcionado en las parejas infértiles que no contaban con recursos económicos para practicarse la FIV en el extranjero.

Ahora, para el Tribunal fue suficiente constatar que las pruebas periciales obrantes en el expediente relativo, eran concordantes en señalar que tanto en el embarazo natural como en el marco de la FIV, existe la pérdida de embriones.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte encontró desproporcionado pretender una protección absoluta del embrión respecto a un riesgo que resulta común e inherente incluso en procesos donde no interviene la técnica de la FIV.

El Tribunal compartió el concepto del perito Zegers-Hochschild según el cual “[e]s fundamental desde una perspectiva biomédica diferenciar lo que significa proteger el derecho a la vida de lo que significa garantizar el derecho a la vida de estructuras celulares que se rigen por una matemática y una biología que trasciende cualesquier regulación social o jurídica. Lo que corresponde a las instituciones responsables de las [técnicas de reproducción asistida], es proveer a las estructuras celulares (gametos y embriones) de las mejores condiciones con que cuenta el conocimiento médico y científico para que la potencialidad de ser persona, pueda expresarse al nacer [...]”.⁵⁴

En suma, la Corte concluyó que tanto en el embarazo natural como en técnicas como la de la inseminación artificial existe pérdida embrionaria.

Por ende, resultó evidente para la Corte que la Sala Constitucional partió de una protección absoluta del embrión que, al no ponderar ni tener en cuenta los otros derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo

⁵⁴ Ibídem. P. 91.

desproporcionada la interferencia, aunado a que esa interferencia tuvo efectos discriminatorios.⁵⁵

Por todo lo anteriormente reseñado, la Corte declaró la violación de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de los promoventes de la acción de que se trata, por lo que ordenó las reparaciones siguientes⁵⁶:

- La Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas constituye per se una forma de reparación.

- El Estado debe adoptar, con la mayor celeridad posible, las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. El Estado deberá informar en seis meses sobre las medidas adoptadas al respecto.

- El Estado debe regular, a la brevedad, los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV, teniendo en cuenta los principios establecidos en la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, y debe establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida. El Estado deberá informar anualmente sobre la puesta en vigencia gradual de estos sistemas.

- El Estado debe incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía, respecto al principio de no discriminación. El Estado deberá informar cada seis meses sobre las medidas adoptadas para poner gradualmente estos servicios a disposición de quienes lo requieran y de los planes diseñados para este efecto.

- El Estado debe brindar a las víctimas atención psicológica gratuita y de forma inmediata, hasta por cuatro años, a través de sus instituciones estatales de salud especializadas.

⁵⁵ Ibídem. P. 99.

⁵⁶ Ibídem Pp. 100 a 115.

- El Estado debe realizar las publicaciones indicadas en el párrafo 329 de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, en el plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la misma.

- El Estado debe implementar programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación, dirigidos a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial.

- El Estado debe pagar las cantidades fijadas en los párrafos 355 y 363 de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, y por el reintegro de costas y gastos.

- El Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, rendir al Tribunal un informe general sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma.

- La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

Precisado lo resuelto por la Corte interamericana, podemos magnificar la cuestión relativa a que su resolución partió del análisis del derecho a la vida privada, el cual se encuentra relacionado con el derecho a la autonomía reproductiva, lo que involucra el derecho a de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer dicho derecho reproductivo. Asimismo, debe puntualizarse que la Corte define el término de la “concepción”, desde el momento en que en el óvulo fecundado se implanta en el cuerpo de la mujer, siendo hasta esa etapa cuando resulta aplicable lo previsto en el artículo 4º de la Convención Americana.

En ese tenor, debe señalarse que las consideraciones anteriores, han sido adoptadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de nuestro País, y le han servido de sustento para resolver las controversias que en relación con la reproducción asistida se han suscitado en México, tal y como se pondrá de manifiesto en apartados posteriores.

Por último, es importante recalcar el hecho de que la Corte Interamericana considera que la infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo, por lo que la prohibición del FIV por parte del Estado de Costa Rica, contraviene los derechos de las personas con discapacidad, que incluye el derecho de acceder a la técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva; empero, al realizar esa aseveración, La Corte se limita a tratar lo relativo a las parejas que sean infértiles, pero deja en el aire la cuestión relativa a las parejas homosexuales que, si bien no son infértiles, por su naturaleza física, no pueden concebir un hijo; de ahí que la CIDH no debió limitarse al estudio de la cuestión de la infertilidad, sino también emitir un pronunciamiento en relación con las parejas que en su caso no sean infértiles, pues de lo contrario, como aconteció en la especie, dicho tema sin solución alguna.

Máxime que también se encuentra el grupo de las parejas, o de las mujeres sin pareja, que sin ser infértiles, consideran la opción de la reproducción asistida por una cuestión de ideología, o ya sea por razones de evitarse el ciclo de la gestación o por cuestiones meramente de estética; tópico que ha traído muchas controversias en el ámbito internacional y que justamente es el motivo por el cual no se ha autorizado o, en su caso, se ha restringido (como acontece en México) el uso y/o acceso de la tecnología para la reproducción asistida a las mujeres o parejas infértiles.

V. Antecedentes normativos relacionados con la reproducción asistida en el ámbito estatal mexicano.

Pese a que actualmente los procedimientos de reproducción asistida constituyen una realidad, el legislador Federal no ha adoptado una normatividad que en este escenario específico y particular, fije las reglas relativas para el acceso a las mismas. Ha sido el legislador local quien en los Códigos Civiles o Familiares ha incluido alguna regulación sobre dichos procedimientos, en particular, lo atinente al estado civil de las personas fruto de esos avances científicos, tal como se pone de manifiesto a continuación:

A) Código Civil para la Ciudad de México⁵⁷

Artículo 162. *Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.*

⁵⁷ <http://ordenjuridico.gob.mx/fichaOrdenamiento.php?idArchivo=29081&ambito=estatal>, fecha de consulta 13 de febrero de 2019.

Los 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.

Artículo 293. *El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.*

También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora. Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida.

[...]

Artículo 326. *El cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos.*

Artículo 329. *Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse, de conformidad con lo previsto en este Código, en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación; pero esta acción no prosperará, si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge.*

B) Código Civil del Estado de México⁵⁸.

Derecho a la procreación

Artículo 4.111. *Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos.*

Consentimiento de la mujer para la inseminación artificial

⁵⁸ <http://201.159.134.38/fichaOrdenamiento2.php?idArchivo=35129&ambito=estatal>, fecha de consulta 13 de febrero de 2019.

Artículo 4.112. *La reproducción asistida a través de métodos de inseminación artificial solo podrá efectuarse con el consentimiento de la mujer a quien haya de practicarse dicho procedimiento.*

La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada, sin la conformidad de su cónyuge. Tampoco podrá dar en adopción al menor nacido, mediante este método de reproducción.

Prohibición de padres o tutores

Artículo 4.113. *No podrá otorgarse el consentimiento de los padres o tutores para la reproducción asistida en una mujer que fuere menor de edad o incapaz.*

Clonación

Artículo 4.114. *Queda prohibido todo método de reproducción asistida en la mujer, para la procreación de seres humanos idénticos por clonación o cualquier otro procedimiento dirigido a la selección de la raza.*

Prohibición de la investigación de la paternidad

Artículo 4.115. *En los casos en que la inseminación artificial se efectuó con espermia proveniente de bancos o instituciones legalmente autorizadas, no se dará a conocer el nombre del donante ni habrá lugar a investigación de la paternidad.*

Consentimiento judicial para la inseminación artificial

Artículo 4.116. *El consentimiento a que se refiere este capítulo deberá otorgarse judicialmente.*

C) Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo⁵⁹.

Artículo 149. *Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio, socorrerse mutuamente, procurarse ayuda, solidaridad y asistencia.*

Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley correspondiente, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia.

⁵⁹ <http://201.159.134.38/fichaOrdenamiento2.php?idArchivo=66691&ambito=estatal>, fecha de consulta 13 de febrero de 2019.

Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

Artículo 327. *El parentesco de consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.*

También se da parentesco por consanguinidad, en el hijo producto de reproducción asistida y de quienes la consientan.

(...)

D) Código Civil para el Estado de Tabasco⁶⁰.

Artículo 31. *Capacidad de goce: La capacidad de goce del ser humano se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde el momento en que es concebido, queda bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código. Esta disposición protege, también, a los concebidos por cualquier método de concepción humana artificial, aun cuando no se encuentren en el útero materno.*

Artículo 165. *(...) los cónyuges pueden planificar el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear cualquier método de reproducción artificial para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges, extendiéndose a la relación de concubinato.*

Artículo 272. *Causales. Son causales de divorcio necesario: (...)*

XVIII. Emplear, la mujer, método de concepción humana artificial sin el consentimiento del marido.

Capítulo VI bis

De la gestación asistida y subrogada

(adicionado, p.o. 13 de enero de 2016)

Artículo 380 Bis. Concepto de Reproducción Humana Asistida

Se entiende por reproducción humana asistida, el conjunto de prácticas clínicas y biológicas para la creación de un nuevo ser humano, logrado mediante técnicas científicamente acreditadas y autorizadas por la legislación en materia de salud, realizadas

⁶⁰ <http://201.159.134.38/fichaOrdenamiento2.php?idArchivo=17547&ambito=estatal>, fecha de consulta 13 de febrero de 2019.

con la intervención de personal de la salud, constituidas por métodos de fertilización de células germinales, gametos de uno o ambos sexos, además de la reproducción de cigotos y embriones, que permitan la procreación fuera del proceso biológico natural de la pareja infértil o estéril.

Se permite a los cónyuges o concubinos la inseminación o fecundación homóloga y heteróloga. Se entiende por fecundación homóloga aquella en la que los gametos son aportados por ambos cónyuges o concubinos; y por fecundación heteróloga, aquella en que uno de los gametos es donado por un tercero y el otro gameto es aportado por uno de los cónyuges o concubinos.

Sólo será válido el consentimiento expresado en vida por algún cónyuge o por algún concubino, con las formalidades que este Código exige, para los efectos de que sus gametos puedan ser utilizados después de su muerte en un procedimiento de inseminación.

Artículo 380 Bis 1. Gestación por Contrato

La gestación por contrato se efectuará a través de la práctica médica, mediante la cual una mujer gesta el producto fecundado por los padres contratantes, cuando la madre pactante padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero.

Artículo 380 Bis 2. Formas de Gestación por Contrato

La gestación por contrato, admite las siguientes modalidades:

I. Subrogada: implica que la gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos y que, después del parto, entregue el recién nacido a la madre contratante mediante adopción plena; y

II. Sustituta: implica que la gestante sea contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión obtenido por la fecundación de gametos de la pareja o persona contratante.

Artículo 380 Bis 3. Condición de la Gestante

La Secretaría de Salud del Gobierno del Estado determinará el perfil clínico, psicológico y social de la “madre gestante” previamente a su contratación, para comprobar

que su entorno social sea estable, libre de violencia y su condición física y psicológica sea favorable para el adecuado desarrollo de la gestación.

Ninguna mujer que padezca alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía podrá ser contratada como madre gestante.

Pueden ser contratadas como gestantes sólo las mujeres de entre veinticinco y hasta treinta y cinco años de edad que tengan una buena salud biopsicosomática y que hayan dado su consentimiento de manera voluntaria para ser gestante subrogada o sustituta, habiendo adquirido plena información acerca del proceso, previa a la manifestación de su consentimiento.

La gestante, para poder celebrar contrato de gestación, deberá acreditar, mediante dictamen médico expedido por institución oficial de salud, que no estuvo embarazada durante los trescientos sesenta y cinco días previos a la implantación de la mórula y que no ha participado en más de dos ocasiones consecutivas en dicho procedimiento; lo que no impediría que pueda donar el óvulo para la fecundación in vitro o portar al producto fecundado en su vientre mediando conocimiento del cónyuge o concubino.

En caso de que la gestante sustituta o su cónyuge demanden la paternidad o maternidad, solamente podrán recibir, previo reconocimiento de su cónyuge, la custodia del producto de la inseminación, únicamente cuando se acredite la incapacidad o muerte de la madre o padre contratantes.

La voluntad que manifiesten las partes para la realización del contrato de gestación deberá constar de manera indubitable y expresa. Los derechos y obligaciones que de él emanen son personalísimos, no habiendo lugar a la representación legal; no obstante las partes podrán ser asesoradas por sus abogados, si así lo requieren. El contrato de gestación lo firmarán la madre y el padre contratantes con la gestante y, si fuera el caso, su cónyuge o concubino, así como un intérprete, de ser necesario, debiendo quedar asentados el lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento. El contrato deberá ser firmado ante notario público, quien estará obligado a exigir de los contratantes la presentación del dictamen médico que demuestre el cumplimiento de los requisitos y condiciones señalados en los párrafos primero a cuarto de este artículo.

Las instituciones y clínicas de reproducción humana asistida, así como el personal médico especializado en esta materia, deberán estar previamente acreditados y autorizados por la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado para la prestación de esos servicios; las clínicas deberán contar con la licencia sanitaria correspondiente.

Las instituciones que realicen este procedimiento y el control prenatal, deberán enviar un informe mensual a la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado, con copia del expediente clínico conforme a la legislación federal aplicable a la materia, además de lo que señale la legislación estatal.

Las instituciones que brinden atención obstétrica, resultado del procedimiento de reproducción asistida, deberán informar el nacimiento a la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado, durante las primeras veinticuatro horas de ocurrido el mismo y el tipo de atención brindada; esta notificación deberá incluir la copia del certificado de nacimiento del o los recién nacidos.

Los notarios públicos que participen en la celebración de contratos para estos procedimientos, deberán informarlo en un plazo de veinticuatro horas a la Secretaría de Salud y al Registro Civil del Estado, mediante copia certificada del instrumento celebrado entre las partes.

Artículo 380 Bis 4. Nulidad de Contrato de Gestación

El contrato de gestación será nulo si se realiza bajo las siguientes circunstancias:

- I. Exista algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas;*
- II. No cumpla con los requisitos y formalidades que señala este Código;*
- III. Se establezcan compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del niño y la dignidad humana;*
- IV. Intervengan agencias, despachos o terceras personas; y*
- V. Se establezcan compromisos o cláusulas que contravengan el orden social y el interés público.*

La nulidad del documento no exime a las partes contratantes de las responsabilidades adquiridas y derivadas de su existencia. Los profesionales o personal de salud que realicen esta práctica médica deberán acreditar que cumplen con la autorización de la Secretaría de

Salud del Gobierno del Estado, debiendo informar ampliamente de las consecuencias médicas y legales por la implantación de pre embriones y embriones en el cuerpo de una mujer gestante. Actuarán con estricto apego al secreto profesional, respecto a la identidad de las personas que intervienen en la implantación. El médico tratante deberá solicitar los documentos que acrediten que las personas que van a intervenir, cumplen con las formalidades y requisitos legales y físicos.

Artículo 380 Bis 5. Requisitos del Contrato de Gestación

El contrato de gestación deberá ser suscrito por las partes, previo cumplimiento por parte de los contratantes de los siguientes requisitos:

I. Ser ciudadanos mexicanos;

II. Poseer plena capacidad de goce y ejercicio de sus derechos;

III. La mujer contratante debe acreditar, mediante certificado médico expedido por el médico tratante de la institución acreditada, que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y que cuenta entre veinticinco y cuarenta años de edad;

IV. La mujer gestante debe otorgar su aceptación pura y simple para que se lleve a cabo en su útero la implantación de la mórula y reconocer su obligación de procurar el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el periodo gestacional y a concluir la relación contratada, respecto al o los recién nacidos y los padres contratantes una vez producido el nacimiento; y

V. La gestante cumpla con los requisitos establecidos en el presente Código.

Para los efectos de la fracción III del presente artículo, el médico tratante adicionalmente deberá extender y solicitar los certificados médicos que acrediten los supuestos correspondientes. El médico tratante realizará los exámenes médicos previos a la transferencia y que sean necesarios de la salud física y mental de la mujer gestante, para corroborar que no posee ningún padecimiento que ponga en riesgo el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el período gestacional. La mujer gestante, el padre y la madre contratantes, deberán someterse a los estudios que establezca la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado y que garanticen la salud de los implicados.

Una vez que sea suscrito el instrumento jurídico ante Notario Público, deberá ser aprobado por el Juez competente, a través de procedimiento judicial no contencioso, en el que se reconozca el vínculo entre los contratantes y el feto, a su vez que la gestante y, en su caso, su cónyuge o concubino renuncien a cualquier derecho de parentesco con el recién nacido. El Instrumento aprobado deberá ser notificado en sus efectos a la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado.

Se autoriza únicamente la implantación de hasta dos embriones fecundados en un mismo procedimiento de reproducción asistida.

Artículo 380 Bis 6. Asentamiento del recién nacido

El certificado de nacimiento será expedido por el médico autorizado o tratante que haya asistido a la mujer gestante en el nacimiento del o los recién nacidos; también llenará el formato expedido para tal efecto por la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado, el que contendrá, en este caso, la constancia que la gestación fue asistida a través de una técnica de apoyo a la reproducción humana o práctica médica, denominada gestación por contrato.

El asentamiento del recién nacido deberá realizarse mediante la figura de la adopción plena aprobada por Juez competente, en los términos del presente Código.

Artículo 380 Bis 7. Responsabilidades

El contrato de gestación carece de validez cuando haya existido error o dolo respecto a la identidad de los padres contratantes por parte de la mujer gestante, en cuyo caso están a salvo sus derechos para demandar civilmente los daños y perjuicios ocasionados y presentar denuncias penales, en su caso.

Asimismo, podrá la gestante demandar a la madre y al padre contratantes el pago de gastos médicos, en caso de patologías genéticas y las que deriven de una inadecuada atención y control médico prenatal y postnatal.

Será obligación de los padres contratantes garantizar con una póliza de seguro de gastos médicos mayores, expedido (sic) por una institución de seguros establecida legalmente en territorio nacional, que cubra los gastos originados en la atención del embarazo, parto y puerperio, a favor de la gestante sustituta o subrogada.

Se harán acreedores a las responsabilidades civiles aquellos médicos tratantes que realicen la implantación o fecundación de embriones humanos sin su consentimiento y sin la plena aceptación de las partes que intervienen.

Los notarios públicos que indebidamente den fe o certifiquen contratos de gestación sin apego a las disposiciones jurídicas aplicables, serán separados definitivamente de su encargo, en términos de la Ley de la materia, sin demérito de las demás responsabilidades o delitos en que incurran.

E) Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí⁶¹

De la Filiación Resultante de la Fecundación Humana Asistida

Artículo 236. *Se entiende por reproducción humana asistida, la que se verifica a través de la participación de terceras personas y el empleo de técnicas biológicas de reproducción sin coito de la pareja.*

Artículo 237. *Se entiende por técnicas de reproducción asistida aquéllas donde la unión de las células germinales o la implantación del embrión en el útero, se logra mediante la intervención directa en el laboratorio.*

Artículo 238. *Las técnicas de reproducción asistida que podrán practicarse serán las siguientes:*

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.

⁶¹ <http://ordenjuridico.gob.mx/fichaOrdenamiento.php?idArchivo=97714&ambito=estatal>, fecha de consulta 13 de febrero de 2019.

Artículo 239. *Se entiende por inseminación homóloga, aquella en la que el material genético ha sido aportado por ambos cónyuges o concubinos y, por inseminación heteróloga, en la cual al menos uno de los gametos ha sido donado por un tercer extraño.*

Podrán ser destinatarios de las técnicas de reproducción humana asistida, quienes se encuentren unidos en matrimonio o concubinato y derivado de cuestiones de esterilidad o infertilidad, así diagnosticadas, no hayan podido engendrar o concebir.

Sólo se permitirá la reproducción heteróloga cuando ha sido médicamente diagnosticada, y se compruebe fehacientemente que no existe otra opción para realizarla.

Artículo 240. *Si el matrimonio se disuelve por muerte, divorcio o nulidad, la mujer no podrá ser inseminada con gametos de quien fuera su marido. Si hubiere un óvulo fecundado en forma extracorpórea, podrá ser implantado sólo en el caso de la mujer viuda, pero ello deberá hacerse dentro de los catorce días siguientes al fallecimiento del marido, a efecto de que pueda atribuírsele la paternidad, pues de no hacerlo dentro del término correspondiente, bajo ninguna circunstancia podrá atribuírsele dicha paternidad. En los casos de divorcio o nulidad de matrimonio, el óvulo fecundado en forma extracorpórea y en fecha posterior a que se decreta la disolución del vínculo, no podrá atribuírsele la paternidad al hombre, sin perjuicio de que pueda ser implantado a la mujer.*

Artículo 241. *Todo pacto o convenio que verse sobre la reproducción humana asistida, realizado en nombre de otra persona es inexistente.*

Artículo 242. *Tratándose de inseminación heteróloga no se establecerá ningún lazo de filiación entre la hija o el hijo y el, la o los donantes de gametos.*

Artículo 243. *Es inexistente la maternidad substituta y por lo mismo no producirá efecto legal alguno.*

Si un embrión fuese implantado en una mujer distinta a la cónyuge o concubina, la maternidad se le atribuirá a la primera.

Artículo 244. *La filiación de las hijas o hijos nacidos fuera del matrimonio, con relación a la madre, resulta del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre, sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una resolución judicial que declare la paternidad. También se consideran hijas o hijos del matrimonio los concebidos mediante prácticas de*

reproducción humana asistida, realizadas con el consentimiento del marido, quien para tal efecto deberá otorgarlo por escrito, con las formalidades de ley.

Quien haya dado su consentimiento para la práctica de una técnica de reproducción asistida, no podrá impugnar la filiación que de ésta resulte, a no ser que la petición se base en que la hija o el hijo concebido no fue producto del tratamiento.

Igualmente, el concubinario que otorgó su consentimiento para la aplicación de una técnica de reproducción asistida en su concubina, está obligado a reconocer la paternidad del hijo producto del tratamiento.

La gestación de un embrión, cuya progenitora hubiese fallecido, no afectará la filiación del gestado cuando se trate de reproducción humana asistida.

Artículo 245. *Declarado nulo un matrimonio, haya buena o mala fe en los cónyuges al celebrarlo, las hijas o hijos tenidos durante el, se consideran como hijas o hijos de matrimonio, aun cuando la mujer se encuentre gestando un hijo, cualquiera que fuera la procedencia de los gametos utilizados.*

Artículo 246. *Contra esta presunción se admite la prueba del ADN, y la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento.*

La reproducción humana asistida llevada a cabo en la madre con autorización del cónyuge, se equipara a la cohabitación para los efectos de la filiación y la paternidad, independientemente de que el material genético pertenezca a un tercero en su carácter de donador.

F) Código Civil del Estado de Zacatecas⁶²

Artículo 123. *Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos, así como a emplear cualquier método de procreación asistida para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges en los términos establecidos por la Ley.*

Artículo 246. *El parentesco de consanguinidad es el vínculo que existe entre personas que descienden de un tronco común.*

⁶² <http://ordenjuridico.gob.mx/fichaOrdenamiento.php?idArchivo=84044&ambito=estatal>, fecha de consulta 13 de febrero de 2019.

También se considera parentesco por consanguinidad, el vínculo existente entre el hijo producto de la reproducción asistida y los cónyuges o concubinos que hubieren procurado el nacimiento.

(...)

Artículo 290. *El cónyuge no podrá desconocer a los hijos, alegando adulterio de la madre, salvo prueba en contrario.*

Tampoco se podrá desconocer la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de reproducción asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos.

G) Código de Familia para el Estado de Sonora⁶³

Artículo 156. *Son causas de divorcio por culpa (...)*

XV.- El someterse uno de los cónyuges a métodos de reproducción asistida con material genético de terceros, sin consentimiento del otro.

Artículo 206. *El parentesco voluntario es el que nace de la adopción; del nacimiento obtenido mediante técnicas de reproducción asistida con gametos ajenos, autorizadas por los cónyuges o concubinos, y de la afiliación o acogimiento de menores huérfanos, abandonados o entregados lícitamente por sus padres, siempre que la relación se prolongue por más de un año con todas las características y fines de la relación paterno-filial.*

(...)

Artículo 207. *Cuando el embarazo se obtenga por técnicas de reproducción asistida con material genético de personas distintas de uno o ambos cónyuges o concubinos, los que usen voluntariamente gametos de terceros serán considerados como padres biológicos del niño que nazca por estos métodos, siempre que hayan otorgado expresamente su autorización. El hijo podrá solicitar, al llegar a su mayor edad, informes sobre el padre biológico en los mismos casos que en la adopción plena, sin reclamar ningún derecho filiatorio.*

⁶³ <http://201.159.134.38/fichaOrdenamiento2.php?idArchivo=21739&ambito=>, fecha de consulta 13 de febrero de 2019.

Artículo 208. *El consentimiento de los cónyuges o concubinos equivaldrá a la cohabitación para efectos de la paternidad y serán considerados padres biológicos del hijo engendrado a través de dichas técnicas, para todos los efectos legales, excluyendo cualquier derecho u obligación del donante.*

La autorización para la reproducción asistida, admitiendo la paternidad o maternidad del producto, puede hacerse ante el Director de la Clínica o Centro Hospitalario, ante notario público o por acuerdo privado suscrito ante testigos.

Artículo 213. *La filiación consanguínea es el vínculo de parentesco que surge de la relación genética entre dos personas, por el sólo hecho de la procreación, incluyendo la reproducción asistida con material genético de ambos padres.*

Artículo 256. *La maternidad extramatrimonial resulta del sólo hecho del nacimiento y la identidad del nacido, pero puede ser impugnada en los casos en que entre el menor y la madre no exista realmente un vínculo genético, salvo las disposiciones sobre reproducción asistida con autorización de los cónyuges.*

La paternidad extramatrimonial se establece por el reconocimiento voluntario que haga de su hijo o por una sentencia ejecutoriada que declare la paternidad a cargo del demandado.

Como se observa de los preceptos legales citados en párrafos precedentes, en el sistema jurídico mexicano, existen diversas legislaciones locales que hacen referencia a aspectos relativos a las técnicas de reproducción asistida, y si bien dichas normas resultan coincidentes en términos generales, lo cierto es que su contenido y los tópicos que regulan varían entre unas y otras.

De las normas locales antes citadas se desprende que únicamente en San Luis Potosí y Tabasco contemplan una legislación más amplia en relación con el tema de la reproducción y/o gestación asistida y subrogada, pues en el resto de las entidades federativas [citadas], la regulación no es específica en profundizar en dicho tópico,

Por otra parte, es evidente la uniformidad de las legislaciones de que se ha dado noticia, en el sentido de la permisión a los cónyuges y concubinos para someterse a los tratamientos de reproducción asistida, teniendo como punto de partida -siempre- el elemento

relativo a la voluntad que deben otorgar las personas que deseen someterse a las técnicas de reproducción asistida.

En ese sentido, todos los Códigos citados reconocen la existencia y empleo de técnicas de reproducción asistida como un medio para lograr la concepción en el matrimonio; empero, no todas esas legislaciones se refieren expresamente a las relaciones de concubinato ni dejan claro lo relativo al supuesto de las mujeres que no cuentan con pareja alguna y que tienen a intención de ser sujetas a concebir un hijo mediante alguna de la técnicas de reproducción asistida.

Aunado a lo anterior, algunas de las legislaciones citadas en párrafos precedentes señalan de manera expresa como requisito para que sea procedente una reproducción asistida, el hecho de que la mujer y/o pareja contratante deben acreditar que alguno de ellos es infértil, y que por ello, acuden a alguna de las técnicas de reproducción asistida; tanto es así que el Código Civil de Tabasco dispone que dicha cuestión deberá demostrarse mediante certificado médico expedido por el médico tratante de la institución acreditada, y que la mujer contratante posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y que cuenta entre veinticinco y cuarenta años de edad.

Además, en la mayor parte de las legislaciones en cita se reconoce que el parentesco por consanguinidad también emana de la concepción a través del empleo de los métodos de reproducción asistida (excepto en Sonora, que lo define como parentesco voluntario); aunque cada una matiza las limitaciones por las que este tipo de parentesco no se actualice, ya sea porque se trate únicamente de los donantes de células germinales (Ciudad de México), porque el óvulo se fecunde de forma extracorpórea con posterioridad a la disolución del matrimonio (San Luis Potosí), o bien, la más común, que el cónyuge varón no hubiere expresado su consentimiento para que se llevara a cabo el proceso de reproducción asistida a su cónyuge.

Ahora, respecto de este último aspecto, esto es, el hecho de que por regla general quienes conciben a través de métodos de reproducción asistida deben manifestar su consentimiento, las normas relativas son dispares, pues mientras que en algunos casos solamente se establece que para someterse a alguna técnica de reproducción debe haber consentimiento expreso (Ciudad de México), otros ordenamientos disponen reglas más específicas para la expresión del consentimiento, ya sea que este deba otorgarse por escrito

(San Luis Potosí), ante el Director de la Clínica o Centro Hospitalario, Notario Público o acuerdo privado ante testigos (Sonora) o bien, ante notario Público, cuyo instrumento notarial deberá ser aprobado por Juez competente a través de procedimiento judicial no contencioso, y dicho instrumento deberá ser notificado a la Secretaría de Salud del Estado (Tabasco).

Finalmente, debe magnificarse el hecho de que en algunas de las normativas en cuestión, se dispone como causal de divorcio el hecho de que la mujer se someta a métodos de concepción artificial sin el consentimiento de su esposo.

VI. Acción de inconstitucionalidad 62/2009.⁶⁴

La acción de inconstitucionalidad de que se ha dado noticia, fue promovida por los Diputados Integrantes de la Quincuagésima Novena Legislatura del Congreso del Estado de San Luis Potosí, en la que en la que solicitaron la invalidez del artículo 16 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de San Luis Potosí, reformada mediante decreto 833, que se publicó en el Periódico Oficial de esa entidad federativa el tres de septiembre de dos mil nueve. El precepto impugnado establece:

“Artículo 16. El Estado de San Luis Potosí reconoce la vida humana como fundamento de todos los derechos de los seres humanos, por lo que la respeta y protege desde el momento de su inicio en la concepción. Queda prohibida la pena de muerte, la cual no podrá aplicarse en ningún caso.

No es punible la muerte dada al producto de la concepción cuando sea consecuencia de una acción culposa de la mujer; el embarazo sea resultado de una violación o de una inseminación indebida; o de no provocarse el aborto la mujer corra peligro de muerte”.

Las alegaciones principales por parte de la parte promovente de la acción inconstitucionalidad se pueden conceptualizar de la manera siguiente:

- a) El precepto reclamado resulta inconstitucional, puesto que identifica a la vida como fundamento de todos los derechos que corresponden a las personas físicas

⁶⁴ Sentencia emitida en la acción de inconstitucionalidad 62/2009, por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión pública del veintinueve de septiembre de dos mil once, <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=112579>, fecha de consulta 13 de febrero de 2019.

y amplía la protección de la vida para incluir todo el proceso de la gestación a partir de la concepción.

b) Además, existe una inconsistencia entre el texto constitucional aprobado y la exposición de motivos, ya que en el primero se hace referencia a la persona desde el momento de la concepción, pero a partir de la exposición de motivos, debe entenderse que el constituyente local quiere decir que hay persona desde el momento de la fecundación.

c) Es inconstitucional el que se modifique el concepto de persona, para efectos jurídicos, pues se amplía indebidamente a los no nacidos, es decir, se redefine el concepto jurídico de "persona", para también incluir al cigoto, al blastocisto, al embrión y al feto, a quienes se les otorga personalidad jurídica para efectos de protección constitucional y legal. Esto es así, debido a que sólo la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos puede restringir o suspender los derechos fundamentales de los individuos, y las entidades federativas no pueden definir el concepto jurídico de persona. De ser así, la protección constitucional no sería uniforme y universal. Adicionalmente, la Constitución Federal no puede entenderse en el sentido de que hay persona jurídica desde la concepción.

d) El ampliar el universo de individuos a quienes se considera como sujetos de derecho se traduce en la limitación de los derechos fundamentales de otras personas. En este sentido, señalan que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver las acciones de inconstitucionalidad 146/2007 y 147/2007, determinó que es constitucional la norma que permite la interrupción del embarazo en el primer trimestre sin que se imponga sanción penal a la mujer. Consecuentemente, dicen que si el Constituyente de San Luis Potosí puede definir que hay persona desde el momento de la concepción, habría disparidad entre la protección constitucional de las mujeres de distintas entidades federativas, ya que en algunas podría recurrir a la terminación anticipada del embarazo y en otras no, violándose así la garantía de igualdad consignada en el artículo 1º constitucional.

e) En otras palabras, si se permite que los estados definan cuándo hay persona para efectos jurídicos, se rompería la unidad del orden jurídico nacional, y la protección a los derechos constitucionales no sería homogénea. Así pues, sólo la Constitución General puede definir el concepto de persona.

f) La reforma constitucional que se controvierte impide a las mujeres de San Luis Potosí recurrir la fertilización in vitro como método de reproducción asistida, lo que viola directamente varios derechos fundamentales de las mujeres.

Así pues, el proyecto presentado por parte del Ministro Ponente José Fernando Franco González Salas, proponía declarar la invalidez de ciertas porciones del artículo 16 de la Constitución de San Luis Potosí. Sin embargo, al someterse a votación del Tribunal Pleno el asunto, resulta que los señores Ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Pardo Rebolledo y Ortiz Mayagoitia se pronunciaron por la validez del precepto, mientras que los señores Ministros Cossío Díaz, Franco González Salas, Zaldívar Lelo de Larrea, Aguilar Morales, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas y Presidente Silva Meza consideraron que la norma era inválida.

De esta forma, al haber una mayoría de siete votos por la invalidez, se desestimó la acción de inconstitucionalidad de mérito, conforme a lo dispuesto en los artículos 105, fracción II, último párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 72 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del Artículo 105 constitucional. Esto, toda vez que para que sea posible declarar la invalidez de la norma impugnada, es necesario que esta determinación sea apoyada por ocho votos, cuando menos, en términos de la jurisprudencia P./J. 15/2002, cuyo rubro dice: *“ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. EN EL CASO DE UNA RESOLUCIÓN MAYORITARIA EN EL SENTIDO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA IMPUGNADA, QUE NO SEA APROBADA POR LA MAYORÍA CALIFICADA DE CUANDO MENOS OCHO VOTOS EXIGIDA POR EL ARTÍCULO 105, FRACCIÓN II, ÚLTIMO PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, LA DECLARATORIA DE QUE SE DESESTIMA LA ACCIÓN Y SE ORDENA EL ARCHIVO DEL ASUNTO DEBE HACERSE EN UN PUNTO RESOLUTIVO⁶⁵”*.

No obstante lo antes precisado y en relación con el tema que nos ocupa (reproducción asistida), el Ministro José Fernando Franco González Salas, al emitir su voto particular abordó la cuestión relativa a los efectos de la norma impugnada en la fertilización in vitro, concluyendo al respecto lo que a continuación se sintetiza:

⁶⁵ *Ibídem*, p. 37 y 38.

- La “fecundación in vitro” (consistente en un método de reproducción asistida, mediante el cual la fecundación del óvulo por el espermatozoide se lleva a cabo fuera del cuerpo de la mujer) no está regulada en alguna ley federal, a pesar de que el Congreso tiene facultad para dictar leyes sobre salud general de la República, conforme a lo dispuesto en el artículo 73, fracción XVI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.⁶⁶

- La única regulación donde se trata la fertilización in vitro es el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, cuyo capítulo IV se denomina: “De la investigación en mujeres en edad fértil, embarazadas, durante el trabajo de parto, puerperio, lactancia y recién nacidos; de la utilización de embriones, óbitos y fetos y de la fertilización asistida”. Este reglamento, en su artículo 40 , fracción XI, define a la fertilización asistida como aquella en que “la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización in vitro”. Por su parte, el artículo 56 del mencionado reglamento establece que sólo será admisible la investigación sobre fertilización asistida “cuando se aplique a 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, aun si éste difiere del investigador”⁶⁷.

- El aludido reglamento no puede considerarse como el ordenamiento que regula los métodos de reproducción asistida, pues como se afirmó en la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, “se encuentra claramente acotado a la materia de investigación para la salud en los sectores establecidos y en relación con la esfera administrativa”. En este sentido, también se afirmó que el propio artículo 1° del reglamento indica que su objeto es proveer en la esfera administrativa al cumplimiento de la Ley General de Salud en lo relativo a la investigación para la salud, y que en ningún lugar de éste se encuentra una pretensión de aplicación general a las demás materias relacionadas con la salud.⁶⁸

- Así pues, el empleo de los métodos de reproducción asistida, entre los cuales se encuentra la fertilización in vitro, no están regulados específicamente (salvo por lo que toca la

⁶⁶ Voto particular formulado por el Ministro José Fernando Franco González Salas en relación a la acción de inconstitucionalidad 62/2009, resuelta por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión pública del veintinueve de septiembre de dos mil once, <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=112579>, p. 72 fecha de consulta 13 de febrero de 2019.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 73.

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 73 y 74.

investigación para la salud). Consecuentemente, su empleo no se encuentra prohibido en el ordenamiento jurídico mexicano.

- En cambio, la Ley General de Salud prevé, de manera genérica, el trato que se debe dar a los órganos, tejidos y sus componentes y células⁶⁹.

- Resulta de particular interés lo dispuesto en el artículo 318 de la ley antes citada, pues éste se refiere al control sanitario de los productos y de la disposición del embrión y de las “células germinales”. Estas últimas son las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión (en términos del artículo 314, fracción I, de la Ley General de Salud); es decir, los óvulos en la mujer y los espermatozoides en el hombre. Así pues, se puede entender que, si bien no hay un marco jurídico exactamente aplicable a la fertilización in vitro, lo cierto es que los preceptos de referencia aplican de manera genérica al empleo de células germinales y de embriones.

- En este sentido, el manejo y disposición de tejidos humanos, células, embriones y células germinales corresponde a la Secretaría de Salud, por conducto de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios, y encuentra un marco genérico de regulación en la Ley General de Salud, además de que ésta encomienda su reglamentación a la mencionada Comisión, a través de normas oficiales mexicanas.

- Ahora bien, esta regulación de la Ley General de Salud relativa al manejo de tejidos, células y embriones, no puede verse modificada por alguna entidad federativa, al tratarse de una ley federal de aplicación en todo el territorio, y de naturaleza concurrente, por lo que la entidad federativa no puede escapar a su aplicación.⁷⁰

- Es de gran relevancia recordar que, en la controversia constitucional 54/2009, este Alto Tribunal resolvió que la concurrencia de normas que establece el ordenamiento jurídico mexicano en materia de salubridad general es operativa, y no normativa. Esto quiere decir que: “en las materias que se consideran de salubridad general establecidas en los apartados del artículo 13 de la Ley General, aun cuando sean operados por hospitales construidos, financiados y regulados en algunos de sus aspectos localmente, los mismos pertenecen al Sistema Nacional de Salud, y las materias de Salubridad General con las que operan no se transforman en competencias locales, sino que mantienen su origen federal, por lo que

⁶⁹ *Ibídem*, p.74.

⁷⁰ *Ibídem*, p. 77.

pueden ser técnicamente reguladas por las normas reglamentarias y oficiales de la materia ”. De esta forma, se refuerza la noción de que las disposiciones de la Ley General de Salud en materia de empleo de células germinales y embriones son vinculantes para las entidades federativas, así como lo serán las normas oficiales que en su momento emita la Secretaría de Salud, por conducto de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios, todo esto en la lógica de la regulación de la salubridad general.⁷¹

- Más aún, respecto del caso concreto de la fertilización in vitro, es preciso tener presente que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Informe número 85/10, recomendó al Estado de Costa Rica levantar la prohibición de la fecundación in vitro en ese país, al considerar que la medida de prohibir de manera absoluta esa práctica no cumple con el requisito de la existencia de alternativas menos restrictivas para satisfacer el objetivo buscado por el Estado y acomodar los intereses en juego y, por ende, constituyó una interferencia arbitraria y una restricción incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el ejercicio a los derechos de la vida privada y familiar y a fundar una familia, consagrados en los artículos 11 y 17 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento.⁷²

- No se desconoce que el legislador local estableció diversas disposiciones en relación con la reproducción humana asistida en el Capítulo V, Título Octavo, del Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí, denominado “De la filiación resultante de la fecundación humana asistida”.⁷³

- Dado que, como se ha expuesto, la norma general impugnada implica que los embriones tienen adscrito o reconocido el derecho a la protección de la vida y dado que en algunas técnicas de reproducción asistida algunos embriones puedan quedar destruidos, entonces, en efecto, la norma controvertida impediría la técnica de la fertilización in vitro.

- Ahora, algunas de las disposiciones contenidas en el referido Código Familiar estatal establecen ciertas definiciones legales como el artículo 236 que define lo que se entiende por “reproducción humana asistida”, el artículo 237 que define lo que se entiende por

⁷¹ *Ibíd*em, pp. 77 y 78.

⁷² *Ibíd*em, p. 78.

⁷³ *Ibíd*em, p. 78.

“técnicas de reproducción asistida” y el diverso artículo 239 define lo que se entiende por “inseminación homóloga” y por “inseminación heteróloga”.⁷⁴

- Asimismo, el artículo 238 del citado Código Familiar establece las técnicas de reproducción asistida que podrán practicarse, lo que se traduce en una autorización expresa que confiere el legislador del Estado de San Luis Potosí para practicar tales técnicas. De igual forma, el artículo 239 señala quiénes podrán ser destinatarios de las técnicas de reproducción asistida y en qué casos se permitirá la denominada “reproducción heteróloga”.⁷⁵

- Con independencia de la cuestión relativa a si la norma general impugnada viola la dignidad y los derechos fundamentales de las mujeres establecidos en la Constitución Federal, que ya fue abordada, es preciso señalar –sin prejuzgar sobre la constitucionalidad o no de las referidas normas del Código Familiar–, primero, que la regulación del Código Familiar debe entenderse precisamente para los efectos del propio código, específicamente para efectos de la filiación; segundo, si bien, como se indicó, no existe, en la actualidad, en el ámbito federal una normativa específica sobre técnicas de reproducción asistida, es el caso que compete emitirla a la autoridad federal, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4º, 73, fracción XVI, de la Constitución Federal, así como 3º, 13, fracción I, y 17 bis, fracción VIII, de la Ley General de Salud; y, tercero, en consecuencia, las normas oficiales mexicanas que la autoridades federales lleguen a expedir en materia de técnicas de reproducción asistida, en ejercicio de las facultades conferidas, serán obligatorias para el estado de San Luis Potosí.

- Conforme a lo razonado, resulta que el artículo 16 de la Constitución de San Luis Potosí, viola los derechos a la dignidad (artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), reproductivos (artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos) y a la salud de las mujeres (artículos 4º de la Constitución Federal y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Esto se debe a que se considera al producto de la fecundación como un individuo y se confiere un carácter supremo e inderrotable al derecho a la vida, sin considerar que esa protección no puede ser absoluta, sino que puede graduarse en función de la protección y ejercicio de derechos fundamentales, como lo son, por ejemplo, el derecho a tener el número de hijos que se

⁷⁴ *Ibídem*, p. 79.

⁷⁵ *Ibídem*, pp. 79 y 80.

deseo (y para ello, recurrir a métodos de reproducción asistida) o el derecho de no tenerlos (y para ello, emplear métodos anticonceptivos).⁷⁶

Sintetizado lo resuelto por la SCJN en la acción de inconstitucionalidad de que se trata, lo que en primer lugar debe destacarse pero sobre todo criticarse, es el hecho de que la referida acción se desestimó y, por ende, no fue resuelta; ello, por una cuestión meramente formal consistente en que no existió una mayoría calificada de ocho votos que aprobara el proyecto de sentencia sujeto a discusión.

En efecto, si bien es cierto que resulta apegado a derecho el hecho de que una acción de inconstitucionalidad deba ser aprobada por una mayoría calificada de ocho votos, también cierto lo es que en el supuesto de que no se alcance dicha mayoría, no debería de desestimarse la acción de inconstitucionalidad relativa, sino que en su caso, lo razonable sería que se propusiera un nuevo proyecto, las veces necesarias, a efecto de alcanzar la mayoría de votos en cita, y no dejar sin solución la controversia que se plantea ante el Tribunal Pleno, pues de lo contrario podría llegarse al extremo de que se siga aplicando una disposición que es inconstitucional o transgresora de algún derecho humano.

En tal sentido, debe decirse que únicamente se puede observar, en lo que interesa al presente trabajo, lo relativo al voto particular emitido por el Ministro José Fernando Franco González Salas, en donde se expone que en México no existe legislación federal en relación con la fertilización in vitro, y que en su caso, la única reglamentación existente en relación con el tema se encuentra plasmada en el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, la cual más que un reglamento normativo es de índole operativo.

De igual modo, se precisa que el Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí, contempla un capítulo denominado “De la Filiación resultante de la fecundación asistida”; recordando al respecto que el Estado de San Luis Potosí, es de las pocas legislaciones locales que regula un poco más a fondo la reproducción asistida, la cual debería de servir, aunque sea de ejemplo, a las restantes legislaciones locales para que emitan un ley y/o reglamento en relación con el tema, y así ejercer presión al Gobierno federal a efecto de que se presente una iniciativa de ley que en el ámbito federal regule de manera puntual lo referente a los alcances de la reproducción asistida en México.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 80.

Otra cuestión que debe destacarse, es la cita de lo resuelto por la Corte Interamericana en el Caso Artavia Murillo y otros, reiterándose el concepto y la importancia de los derechos de la vida privada y familiar, y a fundar una familia, que guardan una íntima relación en los asuntos derivados de las técnicas de reproducción asistida.

Finalmente no puede perderse de vista la conclusión adoptada por el Ministro Franco en su voto particular, en el sentido de que el artículo 16 de la Constitución de San Luis Potosí, viola los derechos a la dignidad (artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), reproductivos (artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos) y a la salud de las mujeres (artículos 4° de la Constitución Federal y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), en razón de que dicho numeral considera al producto de la fecundación como un individuo y se confiere un carácter supremo e inderrotable al derecho a la vida, sin considerar que esa protección no puede ser absoluta, sino que puede graduarse en función de la protección y ejercicio de derechos fundamentales, como lo son, por ejemplo, el derecho a tener el número de hijos que se desee (y para ello, recurrir a métodos de reproducción asistida) o el derecho de no tenerlos (y para ello, emplear métodos anticonceptivos); determinación que debe ser vinculante para las determinaciones que en su caso y en relación con el tema, adopten los jueces del país, sobre todo en cuanto a que el derecho a la vida no es de carácter supremo, sino que debe ponderarse la magnitud del mismo atendiendo a cada caso en particular y en concordancia con los derechos humanos violentados, y sobre todo, en el tema relativo a la reproducción asistida, dependiendo de la técnica que al respecto se utilice.

VII. Amparo en Revisión 2766/2015, interpuesto por Concepción Gómez Tejeda, por su propio derecho y en representación de su menor hijo, Emiliano Sánchez Gómez⁷⁷.

Como breve reseña del asunto sujeto a controversia en el Amparo en Revisión que se analiza, se tiene que el veinte de diciembre de mil novecientos noventa y seis, Concepción Gómez Tejeda y Mauricio Sánchez Tinajero contrajeron matrimonio; posteriormente, la mujer se sometió a un tratamiento de inseminación artificial utilizando el semen de un donador anónimo. Mauricio Sánchez Tinajero no se opuso a dicho procedimiento, sin embargo, el

⁷⁷ Sentencia emitida en el amparo directo en revisión 2766/2015, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión del doce de julio de dos mil diecisiete, <http://mxscjnbiblio.scjn.pjf.gob.mx/ModuloInformes/Paginas/Resultados.aspx?Promovente=&TemaFondo=&Oficio=&ExpedienteOrigen=&Ocurrencias=0&Consecutivo=2766&A%c3%b1o=2015&TipoAsunto=10&Pertenececia=0&MinistroID=0&Folio=&cbPromovente=False&cbTemaFondo=False&Fecha=&Usuario=>, fecha de consulta 13 de febrero de 2019.

tratamiento, según el dicho de la quejosa, fue cubierto únicamente por ella (se refirió al aspecto económico).

El dos de octubre de dos mil ocho y como producto del aludido tratamiento, nació Emiliano Sánchez Gómez; quien fue registrado legalmente como hijo de Mauricio Sánchez Tinajero y de Concepción Gómez Tejeda. El cónyuge varón promovió juicio de divorcio, dictándose sentencia definitiva el catorce de junio de dos mil doce, en el que se les declaró judicialmente divorciados.⁷⁸

El dieciocho de octubre de dos mil doce, Concepción Gómez Tejeda, promovió juicio ordinario civil sobre desconocimiento de paternidad en contra de Mauricio Sánchez Tinajero. La demanda se admitió y se radicó con el juicio ordinario civil número 2032/2012 del índice del Juzgado Décimo Primero de lo Familiar de la Ciudad de México.⁷⁹

Tramitado el juicio, el nueve de julio de dos mil catorce, se dictó sentencia en la que se declaró improcedente la acción de desconocimiento de paternidad, al considerar que a pesar de que se encontraba científicamente comprobado que Mauricio Sánchez Tinajero no es el padre biológico del menor Emiliano Sánchez Gómez; sin embargo, al haber consentido el método que se utilizó para la concepción de éste, sí se le considera legalmente su progenitor.

Inconforme con la resolución de primera instancia, la parte actora interpuso recurso de apelación del cual tocó conocer a la Tercera Sala Familiar del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, quien lo registró bajo el toca número 1664/2014, quien por sentencia de veinte de noviembre de dos mil catorce, confirmó la sentencia emitida en primera instancia y señaló que era improcedente la pretensión de Concepción Gómez Tejeda, al ir en contra de todos los principios que fueron base para regular, en el Código Civil para la Ciudad de México, el uso de métodos de reproducción asistida.⁸⁰

El Tribunal revisor insistió en que por el hecho de que estando casados Concepción Gómez Tejeda y Mauricio Sánchez Tinajero, acordaron hacer uso de las técnicas de reproducción asistida, el niño nacido como producto de la fecundación in vitro se convierte en

⁷⁸ *Ibídem*, p. 5.

⁷⁹ *Ibídem*, pp. 5 y 6.

⁸⁰ *Ibídem*, p. 6.

hijo legítimo del matrimonio y, por lo tanto, debía reconocerse a Mauricio Sánchez Tinajero con el carácter de padre del menor Emiliano Sánchez Gómez.⁸¹

El veinte de diciembre de dos mil catorce, Concepción Gómez Tejeda, por su propio derecho y en representación de su menor hijo, promovió demanda de amparo directo, de la cual conoció el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, quien mediante resolución del treinta de abril de dos mil quince, negó el amparo solicitado.⁸²

La anterior determinación constituyó el acto reclamado en el amparo en revisión que se analiza.

Así pues, del asunto correspondió conocer a la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien en sesión del doce de julio de dos mil diecisiete, determinó confirmar la sentencia de amparo dictada por el Tribunal Colegiado de referencia; lo anterior, con base en las consideraciones medulares siguientes:

- En primer lugar, se expondrá brevemente el concepto del (i) interés superior del menor; después se pronunciará sobre (ii) el derecho a la identidad de los menores de edad; enseguida sobre las (iii) técnicas de reproducción asistida; para finalmente (iv) resolver el caso concreto.⁸³

- **El Interés Superior del Menor.** Radica en que cualquier decisión que se tome en torno a ella debe ser acorde con lo que más convenga a sus intereses, ello implica que para poder cumplir con esa obligación, en primer lugar es necesario tener presente cuáles son los derechos que la Constitución y los tratados reconocen a su favor, y después, es preciso que esos derechos se interpreten y apliquen en forma adecuada. Es decir, de la manera que más favorezca las prioridades de los infantes, teniendo siempre en cuenta su condición a efecto de salvaguardar su sano desarrollo en todos los ámbitos posibles, como son el físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social, pues es evidente que por su falta de madurez física y mental, requieren de cuidados especiales y una protección legal reforzada.⁸⁴

⁸¹ *Ibídem*, pp. 6 y 7.

⁸² *Ibídem*, p. 7.

⁸³ *Ibídem*, p. 25.

⁸⁴ *Ibídem*, pp. 28 y 29.

- Entre los derechos reconocidos en favor de la infancia, se encuentran el derecho a la identidad, el cual constituye un elemento inherente al ser humano, tanto en sus relaciones con el Estado como con la sociedad, y necesariamente comprende otros derechos correlacionados, como lo son el derecho a un nombre propio, a conocer la propia historia filial, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la nacionalidad, entre otros.⁸⁵

- **Derecho a la Identidad de los Menores de Edad.** La Corte Interamericana ha señalado que el derecho a la identidad no se encuentra expresamente previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que su contenido se desprende de las circunstancias de cada caso concreto y de los artículos 18 (derecho al nombre) y 17 (derecho a la protección a la familia) en relación al artículo 1° del Pacto de San José.⁸⁶

- La Suprema Corte de Justicia de la Nación también se ha pronunciado sobre el derecho de la identidad de los menores. Al resolver el amparo directo en revisión 908/2006 señaló que derivado del artículo 7° de la Convención sobre los Derechos del Niño, se puede establecer que el menor tiene derecho, desde que nace, 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.

- También señaló que el derecho a la identidad de un menor se compone por el derecho a tener un nombre y los apellidos de los padres desde que nazca, a tener una nacionalidad, a conocer su filiación y origen y a tener certeza de quién es su progenitor, lo que constituye un principio de orden público. De igual forma, especificó que el núcleo esencial del derecho no sólo radica en la posibilidad de solicitar y recibir información sobre su origen, sino que a partir de esos elementos pueda derivarse el derecho a tener una nacionalidad y a que sus ascendientes satisfagan sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento.⁸⁷

- Al resolver la contradicción de tesis 50/2011, la Primera Sala estableció que el derecho a la identidad es un derecho de rango constitucional que deriva del artículo 4°, en concordancia con los artículos 7° y 8° de la Convención sobre los

⁸⁵ *Ibidem*, pp. 29 y 30.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 30.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 32.

Derechos del Niño, que se construye a través de múltiples factores psicológicos y sociales y además comprende derechos alimentarios y sucesorios.⁸⁸

- Finalmente, al resolver la contradicción de tesis 430/2013, la Primera Sala estableció que el derecho a la identidad y la filiación constituye un derecho del menor, y no una facultad de los padres, y si bien la tendencia es que la filiación jurídica coincida con la filiación biológica, ello no siempre es posible, ya sea por la propia realidad del supuesto hecho o porque el ordenamiento hace prevalecer otros intereses que se consideran jurídicamente más relevantes, como podría ser la filiación adoptiva y las procreaciones asistidas por donación de gametos (supuesto de hecho), la determinación extrajudicial de la filiación o que se privilegie un estado de familia (ordenamiento jurídico).⁸⁹

- **Técnicas de Reproducción Asistida e Inseminación Artificial.** Las técnicas de reproducción asistida se constituyen como un grupo de diferentes tratamientos médicos que se utilizan para ayudar a las personas y parejas a lograr un embarazo, las cuales incluyen la manipulación tanto de espermatozoides como de ovocitos, o embriones para el establecimiento de un embarazo.

- Entre dichas técnicas se encuentra, entre otras, la fecundación in vitro, la transferencia de embriones, la transferencia intra-tubárica de gametos, la transferencia intra-tubárica de cigotos y la transferencia intra-tubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado.

- Dentro de esta categoría, la fecundación in vitro juega un papel relevante, pues constituye el procedimiento por medio del cual los óvulos de una mujer son removidos de sus ovarios, ellos son entonces fertilizados con espermatozoides en un procedimiento de laboratorio, una vez concluido esto el óvulo fertilizado (embrión) es devuelto al útero de la mujer. Esta técnica se aplica cuando la infertilidad se debe a la ausencia o bloqueo de las trompas de falopio de la mujer, es decir, cuando un óvulo no puede pasar hacia las trompas de falopio para ser fertilizado y posteriormente implantado en el útero o en casos donde la infertilidad

⁸⁸ *Ibíd.*, pp. 32 y 33.

⁸⁹ *Ibíd.*, p. 34.

recae en la pareja de sexo masculino, así como en los casos en que la causa de la infertilidad es desconocida.⁹⁰

- Pues bien, las precisiones recién efectuadas tienen consecuencias directas sobre la comprensión del problema jurídico planteado, pues a partir de ellas, se cuenta con elementos para establecer, que si bien en los conceptos de violación y agravios, la quejosa, en parte, refiere que se sometió a un tratamiento de fecundación in vitro, cuestión que incluso se reflejó en algunas partes del contenido argumentativo de las sentencias reclamada y recurrida; lo cierto es que, en realidad, fue parte de un procedimiento de inseminación artificial heteróloga en el que, como se demostrará, la aceptación de los cónyuges de someterse a dicho tratamiento es de la mayor relevancia jurídica, pues dependiendo de cómo se haya actualizado esa aceptación, acto voluntario o consentimiento, es como se producirán las consecuencias de derecho respectivas. Así, tomando como base esta diferenciación conceptual, se procede a resolver el caso concreto.⁹¹

- Pues bien, a diferencia de otros países, el sistema jurídico mexicano no cuenta [aún] con una normatividad que regule de manera integral los diferentes aspectos jurídicos relacionados con las técnicas de asistencia reproductiva. La poca reglamentación que en el ámbito Federal existe se circunscribe a la materia penal, puesto que el artículo 466 de la Ley General de Salud establece una penalidad a quien sin consentimiento de una mujer o aun con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, se realice en ella inseminación artificial.⁹²

- Pese a que actualmente los procedimientos de reproducción asistida constituyen una realidad, el legislador Federal no ha adoptado una normatividad que en este escenario específico y particular, fije las reglas relativas para el acceso a las mismas. Ha sido el legislador local quien en los Códigos Civiles o Familiares ha incluido alguna regulación sobre dichos procedimientos, en particular, lo atinente al estado civil de las personas fruto de esos avances científicos.⁹³

- El Código Civil para la Ciudad de México tampoco contempla las diferencias que existen entre las distintas técnicas de reproducción asistida, sólo se

⁹⁰ *Ibídem*, p. 36.

⁹¹ *Ibídem*, pp. 38 y 39.

⁹² *Ibídem*, p. 41.

⁹³ *Ibídem*, p. 42.

refiere a ellas de manera tangencial, incidental e indirecta. Dentro de este vacío normativo, no existe una regla especial que establezca los requisitos que deberán de cumplirse para el acceso a las mismas; sin embargo, sí se regula una cuestión fundamental, esta es, la relativa a que entre el menor que nazca bajo esos métodos y los sujetos que dieron su voluntad para su concepción, surgirá un parentesco igual a aquel que surge por consanguinidad (artículo 293).⁹⁴

- En los artículos 162, 293, 326 y 329 de dicho Código Civil, se ve reflejada la intención del legislador en el sentido de que, dentro del matrimonio, cualquier tipo de reproducción asistida tendrá que ser previamente consentida por ambos cónyuges; asimismo, si hubo consentimiento en tales métodos, el cónyuge varón no podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante esos procesos de reproducción.⁹⁵

- Siendo este el escenario, lo que se debe acreditar es si los cónyuges otorgaron su voluntad para que la mujer fuera inducida bajo ese tratamiento, ya que en caso afirmativo, jurídicamente se tendrá una filiación con el hijo que nazca de dicha técnica de reproducción asistida y, en consecuencia, respecto del padre, surgirá un parentesco igual a aquel que normalmente se adquiere por consanguineidad, en términos del artículo 293 del Código Civil para la Ciudad de México.⁹⁶

- Así, cuando en el ejercicio de un derecho en su dimensión de pareja, existe consentimiento de los cónyuges para someterse a una inseminación artificial heteróloga, lo que se está dirigiendo es la voluntad consensuada de ambos, para ejercer su derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos, ello a pesar de que entre el cónyuge varón y el menor no existan lazos genéticos; a este consentimiento del padre se le conoce como voluntad procreacional, que no es más que el deseo de asumir a un hijo como propio aunque biológicamente no lo sea.⁹⁷

- Esta voluntad es el fundamento de una relación de filiación entre el hijo así concebido y el esposo de quien es su madre; lo que impedirá que el cónyuge

⁹⁴ *Ibidem*, pp. 55 y 56.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 56.

⁹⁶ *Ibidem*, pp. 56 y 57.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 57.

varón posteriormente pueda entablar acción de impugnación de la paternidad, pues se considera que quien actúa así, contradice los parámetros de la buena fe objetiva, al comportarse en forma incoherente con sus precedentes determinaciones. Por el contrario, si el marido no brindó su consentimiento al procedimiento de inseminación realizado con material genético de un tercero donante, se estima que le asiste el derecho de impugnar la paternidad del menor que nació bajo dicho procedimiento.⁹⁸

- En el caso analizado, la filiación no se determina por la verdad biológica, sino por la voluntad expresada por ambos cónyuges para someterse a un proceso de inseminación artificial heteróloga, lo que acarrea una filiación indisoluble entre el niño producto de ese tratamiento y el cónyuge varón que asumió esa paternidad, a través de la manifestación de la voluntad procreacional de este último.⁹⁹

- Por ello, se evidencia que la recurrente propone una interpretación errónea e incompleta de la forma en que puede surgir la filiación entre padre e hijo, pues la reduce a la existencia de un lazo biológico o bien a la celebración de un acto jurídico de adopción; sin embargo, se ha visto que en el caso del hijo nacido dentro de matrimonio o concubinato con el consentimiento de la pareja, mediante una inseminación artificial heteróloga, la existencia de una liga biológica es innecesaria para el reconocimiento legal de la relación paterno-filial, pues en este caso, la realidad biológica cede o se torna irrelevante para establecer la filiación.¹⁰⁰

- En este sentido, al no haber una regulación específica en cuanto a la forma en cómo se debe expresar esa voluntad y por tanto, para otorgar el consentimiento para iniciar un proceso de inseminación artificial heteróloga, se debe acudir al precepto normativo que, de manera general, regula el consentimiento. Al respecto, el artículo 1,803 del Código Civil para la Ciudad de México establece que el consentimiento puede ser tácito o expreso, entendiéndose por este último aquel que se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos.¹⁰¹

⁹⁸ *Ibídem*, p. 58.

⁹⁹ *Ibídem*, p. 59.

¹⁰⁰ *Ibídem*, p. 59.

¹⁰¹ *Ibídem*, p. 60.

- Así, tal como se estableció en la sentencia recurrida, la parte actora en el juicio de origen no tiene legitimación en la causa para impugnar la paternidad de Mauricio Sánchez Tinajero con el menor involucrado, porque cuando un niño que ha nacido bajo un procedimiento de reproducción asistida, adquiere la filiación a causa de la presunción legal del matrimonio, ninguno de los padres puede impugnar dicha paternidad una vez que se ha acreditado el consentimiento para el tratamiento. Dicho de otro modo, el niño concebido por técnicas de reproducción asistida es hijo legítimo de los dos y ninguno tiene derecho de impugnar la paternidad, ya que ambos consintieron su procreación y nacimiento dentro de la vigencia del vínculo.

- Lo anterior, porque el artículo 326 del Código Civil para la Ciudad de México, establece que únicamente puede impugnar la paternidad el cónyuge varón cuando el nacimiento se le haya ocultado o demuestre que no tuvo relaciones sexuales dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos días anteriores al nacimiento, o bien, cuando no haya consentido alguna técnica de reproducción asistida; en consecuencia, la madre no puede impugnar la paternidad en caso de que el padre haya consentido una reproducción asistida.¹⁰²

- No se descarta la posibilidad de que en casos como este y ante la falta de regulación específica sobre ello, el operador jurídico pueda concluir que la prueba ideal para acreditar la voluntad procreacional, sea el documento donde conste la expresión de los cónyuges para someterse a ese tratamiento, expedido incluso previamente al sometimiento de la técnica de reproducción asistida; sin embargo, un exceso de formalidades podría producir un efecto contrario al deseado.¹⁰³

- Lo anterior, porque la pretensión deducida en el juicio natural, de desconocimiento de la paternidad, en modo alguno podría incidir en el hecho de que el menor pueda conocer o no su origen biológico; ya que esa posibilidad fáctica y jurídica, en todo caso, estaría determinada por las disposiciones legales y por los términos contractuales que rijan el acto jurídico de reproducción humana asistida que se hubiere celebrado por la progenitora o por ambos padres, con el

¹⁰² *Ibídem*, p. 62.

¹⁰³ *Ibídem*, pp. 62 y 63.

profesional o institución médicos que realizó el procedimiento y en su caso, por el acto jurídico que estos últimos hubieren celebrado con el donador de los gametos.

- En otras palabras, que el menor nacido bajo un procedimiento de inseminación artificial heteróloga pueda conocer la identidad del donador, depende de los términos en que se hubiere efectuado la donación y no de que se desconozca el vínculo filial con el demandado.¹⁰⁴

- Por los motivos expuestos, la respuesta al problema jurídico planteado, debe contestarse de la siguiente manera: El respeto del derecho a la identidad del menor Emiliano Sánchez Gómez, quien fue producto de un proceso de inseminación artificial heteróloga, dentro de un matrimonio, se observa con la conservación de la filiación del padre que otorgó su voluntad procreacional para que la madre se sometiera a dicho tratamiento.¹⁰⁵

- Con esta conclusión se protege en su doble connotación el derecho contenido en el artículo 4º constitucional; primero, porque se salvaguarda la identidad del niño y se preserva el mandato constitucional y convencional de respetar su interés superior, al preservar su relación familiar, y la satisfacción de sus derechos fundamentales, derivada de la prevalencia de las consecuencias legales inherentes a la filiación; y segundo, porque con la conservación de la filiación se garantizan otros derechos involucrados desde la perspectiva de los sujetos que fueron parte de un proceso de inseminación artificial heteróloga, como son la integridad personal, la libertad personal y la vida privada y familiar.¹⁰⁶

De las consideraciones medulares de que se ha dado noticia y las cuales dan sustento a la resolución emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para resolver el amparo en revisión 2766/2015, se desprende las premisas medulares siguientes:

1) La sentencia de mérito constituye el primer pronunciamiento por parte de la Primera Sala del Tribunal Más Alto de País, en relación con el tema de la reproducción asistida, en particular, en cuanto a la inseminación artificial, en la cual se define dicha técnica y se reitera

¹⁰⁴ *Ibídem*, p. 64.

¹⁰⁵ *Ibídem*, p. 66.

¹⁰⁶ *Ibídem*, p. 66 y 67.

el hecho de que no se encuentra prohibida la reproducción asistida en México, ello en razón de no existir legislación alguna en sentido contrario.

2) Nuevamente se magnifica el hecho de que no existe legislación federal que fije las reglas relativas para el acceso de las diversas técnicas existentes en relación con la reproducción asistida; señalando que el ámbito federal se circunscribe a la materia penal, puesto que la Ley General de Salud establece una penalidad a quien sin el consentimiento de la mujer o aun con su consentimiento, si ésta fuere menor de edad o incapaz, se realice en ella una inseminación artificial; y que solo existen algunas legislaciones locales que se refieren a la reproducción asistida de manera tangencial, incidental e indirecta. En consecuencia, resulta hasta cierto punto incongruente, el hecho de que la Primera Sala tuviera que resolver el asunto de que se trata, aplicando de manera supletoria, lo previsto en el Código Civil para la Ciudad de México, en particular, con base en lo que en relación con la figura del consentimiento prevé dicho ordenamiento legal.

3) Algo que debe resaltarse de manera significativa, es el hecho que en la jurisdicción local (juzgado y Sala familiar) previa a que el asunto recayera en la SCJN, se hubiere considerado que la técnica a la cual fue sujeta la mujer que procreó al menor de nombre Emiliano Sánchez Gómez, cuyo desconocimiento de paternidad se plantea, lo hubiere sido la fecundación in vitro, siendo que en la ejecutoria dictada por la Primera Sala se puntualiza que la técnica realmente practicada lo fue la inseminación artificial; error que resulta gravísimo, pues la litis del asunto varía considerablemente en atención a la técnica de reproducción utilizada, así como el sentido de la resolución que en su caso se emita.

Así, puede decirse que la irregularidad en comento, deriva del hecho de que no existe una regulación en México, que pueda establecer y/o definir de manera clara y precisa, las definiciones, reglas, procedimientos, etc., que deben de observarse, atenderse y respetarse en relación con las diversas técnicas mediante las cuales se puede acceder a una reproducción asistida.

4) También debe puntualizarse que se estima acertado que el estudio realizado por la Primera Sala, partiera del interés superior del menor en relación con el derecho a la identidad que corresponde al menor Emiliano Sánchez Gómez; aunado a que se considere de manera determinante que la realidad biológica de un menor se torna irrelevante para establecer la filiación, manifestación que se es de suma importancia para la resolución de los asuntos

relacionados con la protección de los derechos de las partes y a su vez de los hijos procreados con apoyo en alguna técnica de la reproducción asistida.

5) En la sentencia que se analiza se define y/o aborda el análisis de una figura jurídica de gran relevancia en relación con el tema de la reproducción asistida, a saber, la “voluntad procreacional”, la cual consiste en el consentimiento de los cónyuges para que la mujer sea sujeta alguna técnica de reproducción asistida, con base en la que pueden determinarse y sobre todo respetarse los derechos de las partes inmersas en una reproducción asistida, independientemente de que pueda o no existir algún lazo genético con el menor gestado.

No obstante lo anterior, no se encuentra regulada la manera en como deberá comprobarse o demostrarse el citado consentimiento nuevamente en razón de la falta de una normatividad en México al respecto, por lo que dicha comprobación queda al arbitrio y criterio de los juzgadores, la cual no es uniforme y únicamente puede conllevar el dictado de sentencias contradictorias y que transgredan los derechos humanos de las partes interesadas.

6) Por último, debe tenerse presente que de la sentencia de la Suprema Corte de que se dio noticia, derivaron las tesis de rubros y textos siguientes:

“VOLUNTAD PROCREACIONAL. CONSTITUYE UN FACTOR DETERMINANTE EN LA FILIACIÓN DE UN NIÑO O UNA NIÑA QUE NACIÓ BAJO UN PROCEDIMIENTO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA. *La inseminación artificial heteróloga es aplicada a una mujer que es fecundada con un material genético de un donador anónimo; por lo que en un círculo familiar, el hijo producto de una inseminación de ese tipo no tendrá biológicamente un material genético compatible con el cónyuge varón; siendo éste el escenario, lo que se debe acreditar es si los cónyuges otorgaron su voluntad para que la mujer fuera inducida bajo ese tratamiento, ya que en caso afirmativo, jurídicamente se tendrá una filiación con el hijo que nazca de dicha técnica de reproducción asistida y, en consecuencia, respecto del padre, surgirá un parentesco igual a aquel que normalmente se adquiere por consanguineidad; así, cuando en el ejercicio de un derecho en su dimensión de pareja, existe consentimiento de ellos para someterse a una inseminación artificial heteróloga, lo que se está dirigiendo es la voluntad consensuada de ambos, para ejercer su derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos, ello a pesar de que entre el cónyuge varón y el menor no existan*

lazos genéticos; a este consentimiento del padre se le conoce como voluntad procreacional, que es el deseo de asumir a un hijo como propio aunque biológicamente no lo sea. Esta postura supera la idea de identidad como sinónimo de vínculo biológico o genético y, en cambio, inspira el contenido del derecho a la identidad en sentido amplio, inclusive de aspectos que se vinculan con la identidad en sentido dinámico. Por ello, en la inseminación artificial heteróloga, la voluntad procreacional es uno de los factores determinantes para la constitución del vínculo filial del menor nacido bajo ese tratamiento con el cónyuge o concubino varón, y para que éste jurídicamente quede vinculado a todas las consecuencias de derecho de una auténtica relación paterno-filial. Así, en el caso del hijo nacido con el consentimiento de la pareja, mediante una inseminación artificial heteróloga, la existencia de una liga biológica es innecesaria para el reconocimiento legal de la relación paterno-filial, pues en este caso, la realidad biológica cede o se torna irrelevante para establecer la filiación.”¹⁰⁷

En esta tesis se puntualiza la cuestión relativa a la “voluntad procreacional”, en la cual se concluye de manera acertada que dicha voluntad constituye uno de los factores determinantes para la constitución del vínculo filial (parentesco equiparado al consanguinidad) del menor nacido bajo la técnica de la inseminación artificial, independientemente de la existencia de un lazo genético con el menor.

“VOLUNTAD PROCREACIONAL. SU FUNDAMENTO DERIVA DEL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE UN MENOR DE EDAD. *La voluntad procreacional es uno de los factores determinantes para la constitución del vínculo filial del menor nacido bajo el tratamiento de inseminación artificial heteróloga, con el cónyuge o concubino varón, y para que éste jurídicamente quede vinculado a todas las consecuencias de derecho de una auténtica relación paterno-filial. Esta voluntad se protege bajo el amparo del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y constituye el fundamento de una relación de filiación entre el hijo así concebido y el esposo o concubino de quien es su madre; lo que impedirá que éste posteriormente pueda entablar acción de impugnación de la paternidad, pues se considera que quien actúa así, contradice los parámetros de la buena fe objetiva, al comportarse en forma incoherente con sus precedentes determinaciones. Por el*

¹⁰⁷ Tesis 1ª. LXXVIII/2018 (10ª), página 980, libro 55, junio de 2018, tomo II, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época.

contrario, si el marido no brindó su consentimiento al procedimiento de inseminación realizado con material genético de un tercero donante, se estima que le asiste el derecho de impugnar la paternidad del menor que nació bajo dicho procedimiento.”¹⁰⁸

En el citado criterio jurisprudencial se establece la cuestión relativa a las consecuencias paterno-filiales de manifestar una voluntad procreacional; así como lo referente la procedencia o improcedencia de la acción de impugnación de paternidad, en atención a los parámetros de la buena fe que en su caso conlleva el haber otorgado un consentimiento en relación con la práctica de alguna técnica de reproducción asistida.

“VOLUNTAD PROCREACIONAL. FORMA EN LA QUE DEBE ACREDITARSE CUANDO LA LEGISLACIÓN RESPECTIVA NO REGULA LA FORMA EN LA QUE DEBA OTORGARSE (CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL APLICABLE EN LA CIUDAD DE MÉXICO). *Para que se produzca el efecto de la filiación del varón con el niño o la niña que nació bajo un procedimiento de inseminación artificial heteróloga, es necesario que el varón manifieste su voluntad procreacional para que la mujer se someta a ese tratamiento; es decir, este aspecto volitivo debe estar acreditado, pues dicho acto no sólo tendrá implicaciones para quien la otorga, sino que impactará de manera significativa en los derechos de identidad del menor nacido bajo ese procedimiento. En este sentido, al no haber en el Código Civil para la Ciudad de México una regulación específica en cuanto a la forma en cómo debe expresarse esa voluntad y, por tanto, para otorgar el consentimiento para iniciar un proceso de inseminación artificial heteróloga, se debe acudir al precepto normativo que, de manera general, regula el consentimiento, en el caso particular, al artículo 1,803 que establece que la voluntad puede otorgarse de manera expresa o tácita. En ese punto, es importante aclarar que no se descarta la posibilidad de que ante la falta de regulación específica sobre ello, el operador jurídico pueda concluir que la prueba ideal para acreditar la voluntad procreacional, sea el documento donde conste la expresión de los cónyuges para someterse a ese tratamiento, expedido incluso previamente al sometimiento de la técnica de reproducción asistida; sin embargo, un exceso de formalidades podría producir un efecto contrario al deseado, en claro perjuicio del interés superior del menor.”¹⁰⁹*

¹⁰⁸ Tesis 1ª. LXXIX/2018 (10ª), página 981, libro 55, junio de 2018, tomo II, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época.

¹⁰⁹ Tesis 1ª. LXXX/2018 (10ª), página 981, libro 55, junio de 2018, tomo II, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época.

La citada tesis contempla la cuestión relativa a cómo deberá acreditarse la “voluntad procreacional” cuando la legislación local respectiva, no regule esa cuestión, lo que evidencia nuevamente la necesidad de la implementación de una regulación nacional al respecto; pues la conclusión a la que llega la Corte deriva de una cuestión meramente de índole civil, en atención al consentimiento tácito y expreso, por lo que deja toda resolución relativa a la acreditación de la voluntad procreacional en manos del arbitrio y criterio del juzgador correspondiente, y pues si bien no se constriñe a este último a allegarse de algún elemento de prueba en particular para acreditar la voluntad procreacional, si se le instruye en el sentido de que el exceso de formalidades, podría producir un efecto contrario al deseado en perjuicio del interés superior del menor; de igual modo, se deja en estado de incertidumbre a las partes que pretendan acreditar la voluntad procreacional, en el sentido de no tener conocimiento de la prueba idónea para acreditar el multicitado consentimiento.

“DERECHO A LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA. FORMA PARTE DEL DERECHO A DECIDIR DE MANERA LIBRE, RESPONSABLE E INFORMADA, SOBRE EL NÚMERO Y EL ESPACIAMIENTO DE SUS HIJOS, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Tanto hombres como mujeres tienen el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada, sobre el número y el espaciamiento de sus hijos; este derecho está protegido por el Estado mexicano y encuentra sustento en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo artículo 16 consagra el derecho que tienen todos los hombres y mujeres de fundar una familia, señalando que ésta es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. De acuerdo con lo anterior, la decisión de tener hijos a través del empleo de las técnicas de reproducción asistida, pertenece a la esfera más íntima de la vida privada y familiar de una pareja, y la forma en cómo se construye esa decisión, es parte de la autonomía de la voluntad de una persona.”¹¹⁰

Finalmente, en la aludida tesis, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, reitera lo resuelto por la CIDH en el caso Artavia Murillo y otros, en el sentido de que el empleo de las técnicas de la reproducción asistida, guarda íntima relación con los derechos a la vida privada y familiar de una pareja, destacando que la forma en cómo se

¹¹⁰ Tesis 1ª. LXXVI/2018 (10ª), página 957, libro 55, junio de 2018, tomo II, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época.

construye la decisión de ser sujetos de tales técnicas de reproducción, parte de la autonomía de la voluntad de las personas interesadas, y en atención al derecho de los hombres y mujeres de decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos.

VIII. Amparo en Revisión 619/2017, interpuesto por María Teresa Rico Cruz¹¹¹.

En el asunto de referencia, la controversia a dilucidar consiste en verificar la legalidad de los criterios de ingreso al programa de reproducción humana del Centro Médico Nacional, los cuales se encuentran plasmados en el documento intitulado: “Criterios de Ingreso de Parejas con Infertilidad para ser atendidas en el servicio de reproducción humana del C.M.N. ‘20 de Noviembre’, ISSSTE”, así como la deficiente regulación legislativa de los servicios de salud en materia de reproducción asistida.

Lo anterior, en atención a que mediante oficio 96.200.1.1.1.3/220/16, el Jefe de División de Asuntos Jurídicos del Centro Médico Nacional “20 de noviembre”, en respuesta a la solicitud de la quejosa de nombre María Teresa Rico Cruz, manifestó que de acuerdo con el Manual General de Procedimientos de ese centro médico, se establece que la edad máxima de inclusión al programa del servicio de reproducción asistida es hasta los treinta y cinco años, lo cual no era discriminatorio, puesto que ese rango de edad fue determinado con base en diversos datos científicos.¹¹²

Al respecto, cabe señalar que en la parte que interesa al caso, el Juez de Distrito del cual correspondió conocer del asunto de mérito, entre otras cuestiones, decretó el sobreseimiento respecto del acto reclamado consistente en la omisión de legislar y/o reglamentar en materia de reproducción asistida, al estimar actualizada la causa de improcedencia prevista en el artículo 61, fracción XXIII, en relación con el numeral 73, ambos de la Ley de Amparo y con el artículo 107, fracción II, de la Constitución Federal, puesto que el principio de relatividad de las sentencias impide que en una hipotética concesión del amparo pueda obligarse a las autoridades responsables a reparar la omisión legislativa que aduce, debido a que eso sería tanto como pretender dar efectos generales a las ejecutorias de amparo. Esto es así, pues obligar a las autoridades responsables a que regulen tal

¹¹¹ Sentencia emitida en el amparo en revisión 619/2017, por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión del veintinueve de noviembre de dos mil diecisiete, <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=112579>, fecha de consulta 13 de febrero de 2019.

¹¹² *Ibídem*, p. 11.

materia vincularía tanto a la peticionaria y a las autoridades señaladas como responsables y a todos los gobernados y autoridades cuya actuación tuviera relación con las normas creadas, toda vez que la reparación constitucional implicaría la creación de una disposición general, abstracta e impersonal que vincularía tanto a la recurrente y a las autoridades responsables como al resto de los ciudadanos.¹¹³ Determinación que fue confirmada por el Tribunal Colegiado correspondiente.

Por su parte, la Segunda Sala del Tribunal Más Alto del País, una vez ejercida su facultad de atracción para conocer del amparo en revisión de que se trata y a efecto de abordar el estudio del fondo del asunto, partió del análisis del derecho fundamental del derecho a la vida privada, señalando al respecto que en la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs Costa Rica* (párrafos 143-146), se estableció que la protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, entre otros, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus relaciones personales, así como aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos.¹¹⁴

Asimismo, la Corte Interamericana resolvió que el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer aquel derecho, iii) el derecho a fundar una familia y iv) el derecho a la integridad física y mental.¹¹⁵

Así, la Segunda Sala señaló que entre los derechos conexos al de la vida privada, se encuentran: el derecho al acceso a los servicios de salud reproductiva, el derecho a la autonomía reproductiva, el derecho a fundar una familia y el derecho de gozar los beneficios del progreso científico y tecnológico.¹¹⁶

En ese sentido, debe decirse que los pronunciamientos que interesan al presente trabajo radican en los temas de los servicios de salud reproductiva, el derecho a la autonomía reproductiva y el derecho de gozar los beneficios del progreso científico y

¹¹³ *Ibídem*, pp. 23 y 24.

¹¹⁴ *Ibídem*, p. 40.

¹¹⁵ *Ibídem*, pp. 40 y 41.

¹¹⁶ *Ibídem*, p. 41.

tecnológico; así, en relación con el tema señalado en primer término la Sala de referencia determinó lo siguiente:

- La Corte Interamericana de Derechos Humanos, según se desprende de la sentencia que resolvió el caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs Costa Rica (párrafos 148-149), adoptó el concepto de **salud reproductiva** formulado por el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en mil novecientos noventa y cuatro consistente en el estado general de bienestar físico, mental y social y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos, es decir, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria, sin riesgos y de procrear, así como la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia.¹¹⁷

- También señala que este derecho lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos y el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgo y que den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos.¹¹⁸

- La infertilidad también debe ser un segmento de regulación por el derecho a la salud reproductiva, puesto que implica la incapacidad de fecundar o concebir, por lo que es claro que se relaciona con los objetos de protección de este derecho.¹¹⁹

En cuanto a la **autonomía reproductiva**, la Sala de referencia determinó lo siguiente:

- En el ámbito internacional, este derecho está contenido en el artículo 16, numeral 1, inciso e) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, al disponer que los Estados partes adoptarán las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, deberán asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre sus

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 42.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 43.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 44.

nacimientos, así como a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos.¹²⁰

- El Estado debe realizar acciones positivas con el fin de garantizar el derecho a la autonomía reproductiva, esto es, debe poner a disposición de los individuos los medios necesarios que le permitan decidir libre y responsablemente sobre el número de hijos que quieren procrear, lo cual incluye que se tomen las medidas necesarias para tratar el tema de la infertilidad, toda vez que esto constituye un obstáculo para el ejercicio de este derecho.¹²¹

Por último, respecto del derecho de **gozar los beneficios del progreso científico y tecnológico**, la Segunda Sala sostuvo:

- De acuerdo con las Naciones Unidas, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones abarca: i) el acceso a los beneficios de la ciencia y sus aplicaciones, incluido el conocimiento científico, ii) las oportunidades para todos de contribuir a la actividad científica y la libertad indispensable para la investigación científica, iii) la participación de individuos y comunidades en la adopción de decisiones y el derecho conexo a la información, y iv) el fomento de un entorno favorable a la conservación, desarrollo y difusión de la ciencia y la tecnología.¹²²

- Este derecho se encuentra contemplado en los artículos 15, inciso b) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 14, numeral 1, inciso b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales ("Protocolo de San Salvador"), al establecer que los Estados partes reconocen el derecho de toda persona a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, así como de sus aplicaciones.¹²³

- Asimismo, la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre, en su artículo 13 determina que toda persona tiene el derecho de disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 46.

¹²¹ *Ibidem*, p. 47.

¹²² *Ibidem*, p. 49.

¹²³ *Ibidem*, pp. 49 y 50.

- En relación con este tema, en el caso *Artavia Murillo y otros* (“fecundación in vitro”) vs Costa Rica (párrafo 150), la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó lo siguiente: i) el derecho a la vida privada y a la libertad reproductiva guardan relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho; ii) el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia se extienden al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones y iii) el derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y de la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva y en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas para ejercer las decisiones en materia de reproducción que correspondan a cada persona.¹²⁴

- En este sentido, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y el desarrollo tecnológico implica que las personas tienen derecho a disfrutar de las ventajas que se produzcan como consecuencia de las diversas investigaciones científicas.¹²⁵

- En particular, las técnicas de reproducción asistida involucran progresos científicos que permiten superar los problemas que impiden a las personas el logro y continuación del embarazo y brindan la posibilidad de tener hijos, en consecuencia, con el fin de proteger y respetar este derecho, el Estado debe garantizar el acceso a este tipo de procedimientos a las personas para que puedan ejercer a su vez, sus derechos a fundar una familia y a una autonomía reproductiva.¹²⁶

- Como se desprende de lo previamente mencionado, en la actualidad, los derechos reproductivos se consideran parte integrante de los derechos humanos básicos que el Estado debe garantizar, pues el reconocimiento de estos derechos deriva del derecho a la vida y a la libertad de las personas, además, incluso, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos los reconoce.

- En consecuencia, el Estado mexicano, con fundamento en el artículo 1º constitucional, está obligado a garantizar los derechos a la salud, a la autonomía reproductiva, a fundar una familia y a gozar de los beneficios del progreso científico y

¹²⁴ *Ibidem*, p. 50.

¹²⁵ *Ibidem*, pp. 50 y 51.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 51.

tecnológico a todas las personas, entre las que indiscutiblemente se encuentran aquéllas que dentro de su plan de vida está el fundar una familia y que por condiciones de infertilidad no puedan.¹²⁷

- La Segunda Sala concluyó, que el límite de la edad de treinta y cinco años para que las mujeres puedan tener acceso a los servicios de reproducción asistida del Centro Médico Nacional “20 de noviembre” no está directamente relacionado con el derecho a la salud contenido en el artículo 4º constitucional, por lo que se debe considerar que ese requisito es contrario a los principios de igualdad y no discriminación previstos en el artículo 1º Constitucional.

- De igual modo, la Sala de referencia determinó que el hecho de que únicamente las parejas legalmente constituidas puedan tener acceso a los servicios de reproducción asistida del Centro Médico Nacional “20 de noviembre” no está directamente relacionado con el derecho a la familia contenido en el artículo 4º constitucional, por lo que se debe considerar que es contrario a los principios de igualdad y no discriminación previstos en el artículo 1º de la Constitución Federal.

Sentado lo anterior, debe señalarse en un principio, que aun y cuando la parte quejosa en el juicio de amparo del cual derivó el amparo en revisión de que se ha dado noticia, controvertió el hecho y la necesidad de la creación de una legislación que regule lo relativo a la reproducción asistida, lo cierto es que los alcances del juicio de amparo siguen siendo limitados al principio de la relatividad de las sentencias, el cual se encuentra sujeto a discusión en razón de la reforma Constitucional en materia de derechos humanos, en donde se incorpora el principio pro persona, el cual podría contraponerse al referido principio de la relatividad de las sentencias de amparo; no obstante lo anterior, dicha controversia no fue ni es materia de la sentencia dictada por la Segunda Sala del Tribunal Más Alto del País, ni de la presente tesina, pero se estima que no debe pasarse por alto dicha acotación para tenerla presente en discusiones y controversias futuras.

Por otra parte, en la sentencia que se analiza, la Segunda Sala sustenta su resolución básicamente en lo resuelto por la CIDH en el caso Artavia Murillo y otros, en relación con el análisis que respecto al derecho a la vida privada efectuó dicha Corte; de ahí que

¹²⁷ *Ibidem*, p. 51.

nuevamente se demuestre la importancia que para la SCJN ha tenido lo resuelto por la Corte Interamericana en el caso Artavia Murillo.

Aunado a lo anterior, en la sentencia que se valora, se aborda y determina por primera vez por parte de la SCJN, el tema del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva, lo que implica que las personas tienen el derecho a disfrutar de las ventajas que se produzcan como consecuencia de las diversas investigaciones científicas, en particular, en cuanto a las diversas técnicas de reproducción asistida.

De ahí que resulte de gran importancia el resaltar que en la sentencia de mérito, la Segunda Sala del Tribunal Más Alto del País, reconoce la obligación del Estado Mexicano de garantizar los derechos a la salud, a la autonomía reproductiva, a fundar una familia y a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico a todas las personas, entre las que indiscutiblemente se encuentran aquéllas que dentro de su plan de vida está el fundar una familia y que por condiciones de infertilidad no puedan.

IX. Amparo en Revisión 553/2018, interpuesto por Douglas Ramón Canul Rodríguez y Pedro Pablo Alemán Góngora¹²⁸.

Como antecedentes el asunto de que se trata, se tiene que el cuatro de marzo de dos mil dieciséis, Douglas Ramón Canul Rodríguez y Pedro Pablo Alemán Góngora, quienes están unidos en matrimonio, presentaron un escrito en el que solicitaron la inscripción del nacimiento de su menor hijo con el nombre de Isaac Ramón, y los apellidos Alemán Canul. En el escrito de solicitud señalaron que en el amparo indirecto 318/2014-I se les concedió el amparo para que se inaplicara la norma que establecía que el matrimonio es un acto jurídico que únicamente pueden celebrar un hombre y una mujer, pero también para que se les aplicara el resto de los preceptos del Código Familiar para el Estado de Yucatán interpretados de conformidad con el principio de igualdad. También indicaron que en el amparo indirecto 136/2015-II el Juez Quinto de Distrito del Decimocuarto Circuito estableció que el criterio de consanguinidad no es el único a partir del cual puede establecerse la filiación y que el derecho a fundar una familia no puede restringirse por condiciones de preferencia sexual. Asimismo, indicaron que en el amparo en revisión 581/2012 se estableció

¹²⁸ Proyecto de sentencia relativo al amparo en revisión 553/2018, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión del veintiuno de noviembre de dos mil dieciocho.

que la procreación y crianza de los menores forma parte de la vida familiar de las parejas homosexuales y tienen derecho a usar los medios derivados de los avances científicos para procrear. También solicitaron la aplicación de los criterios de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*.¹²⁹

Así pues, la Primera Sala del Tribunal Más Alto del País, al ejercer su facultad de atracción para conocer del presente asunto, consideró que la problemática a resolver consistía en determinar si procede registrar ante el Registro Civil del Estado de Yucatán, el nacimiento del citado menor de edad como hijo del matrimonio conformado por los quejosos, considerando que el bebé nació mediante la aplicación de la Técnica de Reproducción Asistida (TRA) conocida como maternidad subrogada, en la que, se dice, uno de ellos aportó el gameto masculino.

En ese tenor, la Primera Sala del Más Alto Tribunal del País, emitió una determinación con base en los cuestionamientos y soluciones siguientes:

Primera cuestión: ¿Puede reconocerse el derecho a la procreación mediante el acceso a las técnicas de reproducción asistida a las parejas de matrimonios homosexuales?

Tratándose de las parejas del mismo sexo se presenta una situación similar a la infertilidad de alguno de los miembros de la pareja, toda vez que en su unión sexual no existe la posibilidad de la concepción de un nuevo ser, entendida como la fusión o fecundación del óvulo (elemento femenino) por el espermatozoide (elemento masculino).¹³⁰

En ese sentido y considerando que el derecho a convertirse en padre o madre se entiende dado a toda persona, sin distinción en cuanto a preferencia sexual, tal como se prescribe en el artículo 1º de la Constitución y el numeral 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debe reconocerse el derecho a las parejas homosexuales para acceder a los adelantos de la ciencia en materia de reproducción asistida, y a convertirse en padres o madres a través de esos métodos.¹³¹

Segunda cuestión: ¿Cómo se ha establecido que opera la filiación cuando se hace uso de las técnicas de reproducción asistida, y cuál es la situación en el caso de la maternidad subrogada?

¹²⁹ *Ibidem*, pp. 2 y 3.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 27.

¹³¹ *Ibidem*, pp. 27 y 28.

La técnica conocida como maternidad subrogada, gestación subrogada o por sustitución, o útero subrogado, consiste esencialmente en que a una mujer se le implante un cigoto o embrión en su útero con el fin de que se gesté el nuevo ser hasta su nacimiento, con el compromiso de esa mujer de entregar al recién nacido con el fin de que la madre, el padre o la pareja que la contrató lo asuman como hijo. Y en el que puede haber diversas modalidades, pues la madre gestante puede o no aportar el óvulo, y el espermatozoide puede o no ser dado por algún miembro de la pareja que la contrató.

Esta técnica ha sido objeto de cuestionamientos en el campo de la bioética y la doctrina jurídica, sobre su validez ética y jurídica, ya que se considera atentatoria de la dignidad de las personas, al implicar que el cuerpo de la mujer y la filiación del bebé sean materia de una transacción entre partes y del comercio; así como por desdeñar el lazo o vínculo que se genera entre el bebé y la madre gestante durante el embarazo, que no sólo es biológico, sino también psíquico-afectivo y lleno de emociones. Por lo cual se señala que implica la utilización de las madres pobres por las ricas, o la explotación de la mujer, incluso en casos donde el recurso a esa técnica no obedezca a infertilidad o imposibilidad de gestación, sino simplemente evitar las incomodidades del embarazo.¹³²

Empero, también hay quienes defienden su práctica bajo ciertas condiciones, sobre la base principal del derecho a la procreación y el acceso a las nuevas tecnologías en materia de reproducción humana, así como la defensa del derecho a la libre determinación de las personas y su privacidad; sumado a la idea de solidaridad entre las parejas que requieren acudir a la maternidad subrogada para lograr tener un hijo, con la mujer que acepta ayudarlos a concretar ese propósito.

En ese sentido, varios países prohíben la maternidad subrogada en cualquier caso, con la consecuencia de que la maternidad se atribuya a la madre gestante; hay otros que la admiten siempre que sea de manera altruista sin fines de lucro, y los hay en que se le estima admisible aún por motivos comerciales, con una regulación en todos los casos.

Sin duda, esta técnica representa una realidad aportada por los avances de la ciencia que repercute en la concepción tradicional que hasta ahora se ha tenido en torno a las relaciones de familia, principalmente el parentesco y la filiación con los hijos, y los derechos

¹³² *Ibídem*, p. 31.

de maternidad y paternidad, ya que puede dar lugar a diversas situaciones y conflictos entre las partes involucradas, que hace imperativa su regulación.¹³³

Entre esas situaciones se encuentra la relativa a que con motivo de la aplicación de esta técnica puede haber hasta tres madres del bebé: la que desea tenerlo, la que dona el óvulo y la que lo gesta. Así como que pueden originarse conflictos derivados, por ejemplo, de que al momento del nacimiento la madre gestante se niegue a entregar al bebé, o bien, que los padres contratantes se nieguen a recibirlo si presenta algún problema médico, entre muchas más posibilidades.¹³⁴

En el Estado Mexicano, a nivel federal no hay regulación alguna en materias de filiación, maternidad o paternidad en casos de la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida, sino únicamente se prevé un tipo penal en el artículo 466 de la Ley General de Salud¹³⁵; precepto del cual pueden derivarse dos prohibiciones: a) la de realizar inseminación artificial en una menor de edad o en una incapaz; y b) la prohibición a la mujer casada de consentir ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge.¹³⁶

A nivel local, en ciertas legislaciones estatales en materia familiar se encuentran algunas reglas sobre las técnicas de reproducción o la inseminación artificial sin referirse específicamente a la maternidad subrogada. El Código Familiar del Estado de San Luis Potosí sí se refiere a ella, en su artículo 243, en el sentido de prohibirla al considerarla inexistente, con la consecuencia de que la maternidad se atribuya a la madre gestante. En cambio, en el Código Civil de Tabasco sí se admite la maternidad subrogada, sea que la gestante aporte sus propios óvulos o no, en que se presume la maternidad a favor de la madre contratante (que es la que conviene en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o subrogada); con una regulación más detallada sobre las formas de gestación por contrato, las condiciones que debe reunir la madre gestante¹³⁷, los requisitos y el procedimiento de contratación, sus causas de nulidad, así como las responsabilidades, y la

¹³³ *Ibidem*, p. 32.

¹³⁴ *Ibidem*, pp. 32 y 33.

¹³⁵ Art. 466. Al que sin consentimiento de una mujer o aun con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años.

La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 33.

¹³⁷ Art. 243. Es inexistente la maternidad substituta y por lo mismo no producirá efecto legal alguno. Si un embrión fuese implantado en una mujer distinta a la cónyuge o concubina, la maternidad se atribuirá a la primera.

determinación de que en el certificado de nacimiento el asentamiento del recién nacido se haga mediante la figura de la adopción plena aprobada por juez competente, en los términos del Código.¹³⁸

En el Estado de Yucatán, en que tuvo lugar la emisión del acto reclamado, no existe regulación alguna sobre los hijos nacidos bajo el uso de las técnicas de reproducción asistida, ni en específico sobre la maternidad subrogada; por lo que no se tienen reglas expresas sobre la atribución de filiación en esos casos, ni sobre los requisitos y la actuación del Registro Civil en cuanto al nacimiento y presentación de un menor de edad nacido a través de dicha técnica.¹³⁹

No obstante, la ausencia de regulación en la normatividad secundaria no debe erigirse como un impedimento para el reconocimiento, protección y vigencia de los derechos fundamentales de las personas, ya que por mandato expreso del artículo 1 de la Constitución, el goce y ejercicio de los derechos humanos de las personas no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la propia Constitución establece; y asimismo, todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.¹⁴⁰

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

¹³⁸ *Ibidem*, pp. 33 y 34.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 34.

¹⁴⁰ *Ibidem*, pp. 34 y 35.

derecho fundamental, el libre desarrollo de la personalidad tiene su límite en los derechos de tercero y el orden público.¹⁴¹

En consecuencia, debe considerarse que la mujer que por su libre voluntad accede a ayudar a quienes no pueden convertirse en padres biológicos de un hijo, lo hace en ejercicio del mencionado derecho fundamental.¹⁴²

Tercera cuestión: ¿Es la demostración de un vínculo biológico un requisito indispensable para que se establezca la paternidad respecto de un hijo?

La coincidencia entre filiación biológica y filiación legal no siempre es posible, ya sea por los supuestos de hecho o porque en el caso deben prevalecer otros intereses que son jurídicamente más relevantes.¹⁴³

Mediante el reconocimiento de hijos se asumen los derechos y obligaciones derivados de la paternidad independientemente de que exista un vínculo biológico entre el autor del reconocimiento y el reconocido. Por ello, el hecho de que no exista un vínculo biológico no permite establecer que hubo error, ya que el reconocimiento no presupone su existencia. Lo que se tendría que acreditar es el motivo determinante de la voluntad para celebrar el reconocimiento, así como la existencia de un error respecto de ese motivo determinante de la voluntad que no sea imputable al propio autor del reconocimiento.¹⁴⁴

En suma, las reglas de los códigos civiles no establecen un sistema simple que únicamente permite establecer filiación extrajudicialmente o judicialmente a través de procreación o la adopción, ni que únicamente pretenda tutelar el principio de verdad biológica. El sistema de reglas pretende establecer distintos mecanismos para garantizar que el menor conozca su origen biológico, pero también establece reglas que protegen la estabilidad familiar e identidades filiatorias consolidadas, así como permiten que personas que no tienen ese vínculo se hagan cargo del niño y cumplan con aquellos requisitos necesarios para su adecuado desarrollo. Es por ello que se permite el establecimiento de la filiación jurídica incluso ante la falta de vínculo biológico, pero a la vez se establecen acciones para que, en caso de que surja una controversia derivada de la no correspondencia de la filiación biológica con la jurídica, los tribunales puedan conocerla, ponderar los

¹⁴¹ *Ibídem*, pp. 36 y 37.

¹⁴² *Ibídem*, p. 37.

¹⁴³ *Ibídem*, pp. 38 y 39.

¹⁴⁴ *Ibídem*, p. 46.

intereses y principios en conflicto, y resolver qué exige el interés superior del menor. Es por lo anterior que determinar que no existe vínculo biológico entre una persona y un menor no es suficiente para negar el establecimiento de la filiación legal entre ambos. La cuestión de si debe establecerse ese vínculo dependerá más bien de si en el caso concreto es aplicable alguna de las normas extrajudiciales o judiciales de determinación de filiación, así como de lo que exige el interés superior en el caso concreto.¹⁴⁵

Cuarta cuestión: ¿A partir de las reglas previstas en la ley yucateca es posible establecer la filiación respecto de un hijo nacido por técnica de reproducción asistida?

Esta pregunta obedece al hecho de que los quejosos y recurrentes sostienen que el artículo 224 del Código Familiar para el Estado de Yucatán, que prevé las figuras de presunción de paternidad y el reconocimiento, permiten registrar al menor como su hijo. Por su parte, el Juez de Distrito argumenta que este artículo no permite el registro del menor como hijo de los quejosos porque éstos no comprobaron el vínculo biológico del menor con alguno de ellos y porque el reconocimiento de hijos únicamente puede hacerse respecto de hijos nacidos fuera del matrimonio.¹⁴⁶

Ahora, del artículo antes citado se desprende que uno de los efectos del reconocimiento de hijos por parte de personas unidas o no unidas en matrimonio y concubinato es la presunción de paternidad y maternidad. Es importante destacar que lo anterior implica que la presunción de paternidad puede operar respecto de progenitores no unidos en matrimonio si deriva del reconocimiento, tal y como prevé la fracción V de ese artículo. Por su parte, esta Primera Sala considera que la regulación que hace este Código del reconocimiento, y la presunción de paternidad que se deriva de él, permite también que opere respecto de hijos nacidos dentro de un matrimonio.¹⁴⁷

En segundo término, la fracción IV del artículo 224 establece la posibilidad de que los cónyuges o concubinos reconozcan a su hijo. Ahora bien, podría interpretarse que los concubinos o cónyuges únicamente podrían reconocer a un hijo que nació con anterioridad a su matrimonio.¹⁴⁸

¹⁴⁵ *Ibídem*, p. 47.

¹⁴⁶ *Ibídem*, p. 48.

¹⁴⁷ *Ibídem*, p. 49.

¹⁴⁸ *Ibídem*, p. 50.

De lo anterior puede derivarse que es factible establecer la filiación con el hijo nacido por técnica de reproducción asistida a través de los mecanismos del reconocimiento o de la presunción de paternidad o maternidad previstos en la ley yucateca, pues ambas pueden operar respecto de hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, destacándose que para acreditar dicha filiación no es necesaria la existencia de un vínculo biológico con el menor.¹⁴⁹

En el caso en concreto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que contrariamente a lo señalado por el Juez de Distrito, en el caso hay prueba suficiente de que se llevó a cabo el procedimiento de maternidad subrogada en María Vianey Dzib Collí y que como resultado de ese procedimiento nació el niño que los quejosos pretenden registrar como propio.

De igual manera, hay prueba suficiente, sin que haya otra en contrario, de que el padre biológico del menor es uno de los miembros de la pareja conformada por los quejosos, en específico, de Douglas Ramón Canul Rodríguez.¹⁵⁰

Quinta cuestión: Atendiendo al interés superior del menor ¿cuál es la mejor manera de tutelar el derecho a la identidad del niño?

En ese sentido, atendiendo al interés superior del menor y tutelando su derecho a la identidad, en específico, a ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento y a tener un nombre, y considerando que puede concluirse de las pruebas aportadas que éstas generan suficiente convicción de que ese niño sí nació como resultado de la aplicación de la técnica de reproducción conocida como maternidad subrogada, en que uno de los quejosos aportó el gameto masculino, por lo que hay un vínculo biológico con él; y asimismo, que el bebé se encuentra bajo el cuidado y en el seno familiar de la pareja de los quejosos, sin que la madre gestante hubiera reclamado para sí derecho alguno sobre el niño, debe considerarse que sí puede establecerse la filiación respecto de los quejosos.¹⁵¹

Con su padre biológico, con motivo del lazo de consanguinidad previsto en el Código de Familia del Estado de Yucatán. En cuanto a la pareja del padre biológico, la filiación puede considerarse derivada de la voluntad procreacional de concebirlo a través de las técnicas de reproducción asistida, así como del acto de reconocimiento efectuado al

¹⁴⁹ *Ibidem*, pp. 52 y 53.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 62.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 63.

presentarlo ante el Registro Civil como su hijo, considerando que el lazo de consanguinidad no es forzoso para llevarlo a cabo, en aplicación de las reglas que al respecto establece del Código Familiar en el Estado de Yucatán, las que son interpretadas bajo el principio de igualdad y no discriminación en favor de las parejas homosexuales para garantizar su derecho a la procreación mediante el acceso a las técnicas de reproducción asistida.

Se aclara que es un factor fundamental la voluntad procreacional expresada por la pareja homosexual y el consentimiento expresado por la madre gestante en cuanto a no reclamar derechos y aceptar que sean el padre biológico y su pareja quienes funjan como los padres del niño y, en consecuencia, asuman todas las obligaciones derivadas de la filiación. Voluntad que fue expresada por una mujer adulta, mayor de edad, madre de dos hijos, con capacidad legal según se infiere de su comparecencia ante Notario Público y lo que ésta hizo constar al respecto, además de contar con credencial para votar expedida por el Instituto Federal Electoral, de la que obra copia certificada en autos; y la que se estima expresada libre de vicios en cuanto no hay indicios de lo contrario.¹⁵²

Ahora, establecer la filiación del menor respecto de los quejosos es lo que exige el interés superior del menor en este caso. El menor requiere para su adecuado desarrollo contar con todos los derechos prestacionales derivados de la filiación, como derechos alimentarios, sucesorios, así como a recibir cuidados, educación y afecto. Lo más conveniente en este caso es que sea cuidado por las personas que desean hacerse cargo de él y lo han hecho desde su nacimiento. Al respecto es importante reiterar que la madre subrogada hasta ahora ha manifestado no tener ningún interés en hacerse cargo del menor y cumplir con todas las obligaciones derivadas de la maternidad legal.¹⁵³

La solución del Juez de Distrito consistente en inscribir al menor sin establecer su filiación y ordenar a la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia iniciar las acciones conducentes para establecer la filiación del niño, deja al menor en una situación de inseguridad jurídica y no le garantiza el cumplimiento de todos sus derechos.

¹⁵² *Ibídem*, p. 64.

¹⁵³ *Ibídem*, pp. 64 y 65.

Todo lo anterior, debe entenderse sin perjuicio del derecho del niño para que, en el momento en el que él lo decida, conozca su origen biológico, como parte de su derecho a la identidad.¹⁵⁴

Por lo antes expuesto, la Primera Sala declaró que lo procedente era revocar la sentencia recurrida y conceder la protección constitucional a efecto de que la autoridad responsable conceda la solicitud de los quejosos y levante el acta de nacimiento del menor de edad, registrándolo con el nombre de Isaac Ramón, con los apellidos Alemán Canul, y establezca como padres a ambos quejosos, y como abuelos a los padres de cada uno de ellos.¹⁵⁵

Precisadas las consideraciones torales que sustentan la sentencia que ahora se analiza, resulta pertinente destacar que en dicha resolución la SCJN por primera vez aborda la cuestión relativa a la maternidad subrogada.

En tal sentido, es de resaltar que la Primera Sala del Tribunal Más Alto del País, en la sentencia de mérito, reconoce el derecho de las parejas homosexuales para acceder a los adelantos de la ciencia en materia de reproducción asistida, y a convertirse en padres o madres a través de esos métodos; determinación que se aplaude y que deber ser vinculante para todos los juzgadores en México.

De igual modo, se reitera, tal y como en las demás sentencias analizadas de manera previa en el presente trabajo de investigación, lo relativo a la importancia de lo resuelto por la CIDH en el caso *Artavia Murillo y otros vs Costa Rica*; aunado al hecho de que no existe una regulación federal en relación con la reproducción asistida, y mucho menos que se contemple la maternidad subrogada, siendo que únicamente el Código Civil de Tabasco admite ese tipo de técnica de reproducción asistida, mientras que el Código Familiar del Estado de San Luis Potosí, la prohíbe.

No obstante lo anterior, se estima acertada la determinación de la Primera Sala en el sentido de que la ausencia de regulación en la normatividad secundaria no debe erigirse como un impedimento para el reconocimiento, protección y vigencia de los derechos fundamentales de las personas, lo que encuentra concordancia con lo previsto en el artículo 1º de la Constitución, el cual señala que el goce y ejercicio de los derechos humanos de las

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 65.

¹⁵⁵ *Ibidem*, pp. 65 y 66.

personas no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la propia Constitución establece; y además, todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Finalmente, también debe tenerse presente que la Primera Sala reconoce que en atención al derecho de libre desarrollo de personalidad y de libre voluntad, debe considerarse que la mujer que por su libre voluntad accede a ayudar a quienes no pueden convertirse en padres biológicos de un hijo, lo hace en pleno ejercicio de los mencionados derechos fundamentales; lo que evidentemente conlleva una aceptación por parte de la referida Sala en el sentido de aprobar la maternidad subrogada en México.

X. Conclusiones.

Tanto de los antecedentes relatados como de las sentencias precisadas a lo largo del presente trabajo de investigación, puede observarse de manera latente la importancia de que exista una regulación en México que contemple las definiciones y las reglas que deben observarse en el tema relativo a la reproducción asistida.

En efecto, las sentencias emitidas por la SCJN son coincidentes en el hecho de que no existe una legislación que regule lo relativo a las reglas y procesos que deben de observarse cuando alguna persona o pareja, se encuentren en el supuesto de recurrir a la reproducción asistida a efecto de poder concebir un hijo.

Así pues, un ejemplo claro de las irregularidades que pueden acontecer en razón de no contar con una legislación federal, ha sido materia de la sentencia dictada por la SCJN al resolver el amparo en revisión 2766/2015, en donde resulta preocupante el hecho de que en la jurisdicción local (juzgado y Sala familiar), se hubiere considerado que la técnica a la cual fue sujeta la mujer que procreó al menor de nombre Emiliano Sánchez Gómez, lo hubiere sido la fecundación in vitro, siendo que en la ejecutoria relativa dictada por la Primera Sala se puntualiza que la técnica realmente practicada lo fue la inseminación artificial; error que resulta gravísimo, pues la litis del asunto varía considerablemente en atención a la técnica de reproducción utilizada, así como el sentido de la resolución que en su caso se emita.

Lo anterior, demuestra uno de los tantos errores en los que pueden incurrir los juzgadores con motivo de la falta de una regulación en la materia de la reproducción asistida, lo que repercutirá en los derechos de las partes interesadas en cada caso, y quienes desgraciadamente tendrán que asumir las consecuencias de la falta de legislación en México.

En tal sentido, debe destacarse la importancia y sobre todo el impacto vinculante que ha tenido la sentencia dictada por la CIDH en el caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica, la cual ha servido de sustento a la SCJN para poder emitir las sentencias analizadas en párrafos precedentes, pero sobre todo para poder conceptualizar la figura del derecho humano de la vida privada, y de la formación de una familia a través de las diversas técnicas de la reproducción asistida.

No obstante lo anterior, la falta de una legislación en México, conlleva que las resoluciones que en su caso ha emitido la SCJN, se han limitado a reiterar lo resuelto por la Corte Interamericana en el Caso Artavia Murillo, así como a realizar un análisis de cada caso en particular, bajo la interpretación legalista y formal de diversos Códigos Civiles Estatales, es decir, de normatividades de índole local y meramente civil, y con apoyo y plena observancia de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en diversos tratados internacionales; empero, ello no subsana el hecho de que no exista una regulación que sea obligatoria en el ámbito nacional y que se aplicada de manera uniforme y general, y que no resulte necesario que todos los asuntos relacionados con la reproducción asistida deban ser resueltos por el Tribunal Pleno del País.

Así con la expedición de una regulación federal en la materia de la reproducción asistida, se lograría que las controversias que en su caso se susciten en la materia, sean resueltas con criterios uniformes por los juzgadores de primera instancia, sin la necesidad de promover todas las instancias necesarias para acceder a una resolución por parte de la SCJN, lo que atendería al principio de economía procesal, aunado a que se evitarían gastos judiciales excesivos en perjuicio de las partes interesadas.

Por otra parte, y en lo que se obtiene una regulación respecto de la práctica de la reproducción asistida en México, no deben perderse de vista los criterios emitidos por las Salas de la SCJN y que han quedado precisados en párrafos precedentes, los cuales deben ser observados por todos los juzgadores del país, y ser orientadores y vinculantes al

momento de que estos últimos emitan una resolución respecto del tema de la reproducción asistida; pero sobre todo atendiendo el derecho humano de la vida privada, el cual se encuentra íntimamente ligado al derecho a acceder a los avances tecnológicos y científicos en el ámbito de la reproducción asistida.

Así mismo, no debe pasarse por alto lo relativo a la “voluntad procreacional”, figura jurídica que resulta clave para la resolución de cualquier asunto relacionado con la reproducción asistida, recordando que el consentimiento de las partes, es el requisito indispensable y necesario para que una persona o pareja ser sujetos de alguna de las técnicas de reproducción asistida existentes en la actualidad. No obstante, nuevamente emerge el obstáculo relativo a cómo puede evidenciarse dicho consentimiento en una instancia judicial, es decir, será suficiente el consentimiento verbal, o aquél debe ser expreso y encontrarse plasmado en algún documento (público o privado), o será suficiente con el contrato celebrado con la institución que realice la técnica de reproducción asistida respectiva; incógnitas que quedarán al arbitrio del juzgador, lo que evidentemente producirá la emisión de sentencias contradictorias, al quedar al arbitrio de los juzgadores el establecer cuál es el medio probatorio idóneo para tener por acreditada la “voluntad procreacional”.

Tampoco debe perderse de vista, la circunstancia de que ante la falta de la multicitada regulación normativa, existen múltiples cuestionamientos cuya respuesta queda en el limbo y que no han sido materia de pronunciamiento por las instancias internacionales ni nacionales, señalando como ejemplo lo relativo a si sería procedente la maternidad subrogada por cuestiones de estética o simplemente para evitarse las incomodidades del embarazo, y no constreñirse la autorización del empleo de la reproducción asistida en los casos donde exista infertilidad de alguna de las partes o por su condición física (parejas homosexuales).

De ahí que los juzgadores se encontrarían en una gran encrucijada al momento de tener que emitir una resolución respecto de temas donde no sea suficiente lo resuelto por las instancias internacionales (CIDH) y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya que en la actualidad las cuatro sentencias dictadas por el Tribunal Más Alto del País, solamente son orientadores y vinculantes; empero, tales resoluciones (nacionales e internacionales) no abordan la totalidad de los supuestos que en su caso podrían suscitarse en la actualidad; tanto es así, que aun existiendo una normatividad, pueden existir lagunas en la misma y será

el día a día y la aplicación de dicha normatividad lo que conlleva la perfección de la misma, más aún cuando la misma abarca una materia novedosa como lo es la reproducción asistida.

Aunado a lo anterior, la emisión de una legislación que regule las técnicas de la reproducción asistida, evitaría las diversas contraposiciones que existen en las legislaciones locales en México, destacando como ejemplo al respecto, el hecho de que existen normas locales que si autorizan la maternidad subrogada (Tabasco) y otros que la prohíben (San Luis Potosí) o ni siquiera la contemplan; así como lo relativo a que en ciertos Estados solo se autoriza el empleo de las técnicas de reproducción asistida más comunes o comerciales, como lo es la fecundación in vitro, la inseminación artificial y la maternidad subrogada o subrogación de vientre, pero no regulan lo relativo a las múltiples técnicas existentes la actualidad, como lo son la hiperestimulación ovárica controlada (HOC), la perfusión espermática a oviductos (FSP), la transferencia intratubaria de gametos o de embriones, la donación de ovocitos, espermatozoides y embriones, la aspiración microquirúrgica de espermatozoides de epidídimo (MESA), la ingeniería genética, la sustitución nuclear clonación.

Resultando importante señalar la cuestión relativa a la clonación, la cual se encuentra prohibida en la mayoría de los Estados Internacionales.

Finalmente, la necesidad de la existencia de una regulación en cuanto a la reproducción asistida, no solamente deberá regular lo relativo al empleo de las diversas técnicas de reproducción asistida, sino que también deberá establecer las reglas y obligaciones que deberán observar, respetar y adoptar las diversas instituciones que practiquen tales técnicas de reproducción, como lo podrían ser los requisitos de salubridad que al respecto deberán acatar, así como los requisitos de índole médico, psíquico, físico, etc. que deberá satisfacerse a efecto de que estén en la posibilidad de realizar en una persona una reproducción asistida.

Lo antes expuesto evidencia la urgencia con la que el Estado Mexicano debe actuar a efecto de emitir una legislación en la materia de la reproducción asistida, pues de lo contrario, se transgredirán múltiples derechos humanos en perjuicio de las personas interesadas y/o sujetas a alguna de las técnicas de reproducción existentes en la actualidad, pero sobre todo se encuentran en riesgo los derechos fundamentales de los menores

concebidos a través de la mismos, como lo son el derecho a la vida, a la identidad, el interés superior del menor a pertenecer a un núcleo familiar, por señalar algunos.

XI. Bibliografía

Bestard Camps, Joan, et al., *Parentesco y reproducción asistida: cuerpo, persona y relaciones*, Biblioteca de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 2003.

Esteinou, Rosario (coord.), *La nueva generación social de familias. Tecnologías de reproducción asistida y temas contemporáneos*, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, México, 2012.

García Tinajero, Rafael (coord.), *Reproducción asistida. Elementos para el debate legislativo*, México, 2014.

Lema Añón, Carlos, *Reproducción, poder y derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 1999.

Mendoza, Héctor A., *La reproducción humana asistida. Un análisis desde la perspectiva biojurídica*, Fontamara, México, 2011.

Pérez Carbajal y Campuzano Hilda y Rodríguez López Dina, *Técnicas de reproducción humana asistida*, Porrúa, México, 2015.

Ramírez Barba, Héctor Jaime y Vázquez Guerrero, Miguel Ángel. *Reproducción Asistida. Aspectos médicos, científicos, técnicos y bioéticos, en Normativa en Bioética, Derechos Humanos, Salud y Vida, (coord. Gabriel García Colorado)*, México, Trillas, 2009.

Camhaji, Elías, *Los vacíos legales en México sobre reproducción asistida*, https://elpais.com/internacional/2016/10/06/mexico/1475720684_972480.html, fecha de consulta 11 de febrero de 2019.

González Santos, Sandra, *La reproducción asistida en México*, <https://www.nexos.com.mx/?p=14574>, fecha de consulta 11 de febrero de 2019.

Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf, página 9, fecha de consulta 11 de febrero de 2019.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley General de Salud

Código Civil para la Ciudad de México

Código Civil del Estado de México

Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo

Código Civil para el Estado de Tabasco

Código Familiar para el Estado Libre y soberano de Morelos

Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí

Código Civil del Estado de Zacatecas

Código de Familia para el Estado de Sonora

Reino Unido, Human Fertilization and Embryology Act, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>, fecha de consulta 12 de febrero de 2019.

España, Ley 45/2003, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-21341>, fecha de consulta 12 de febrero de 2019.

Alemania, Ley sobre Protección a Embriones, [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/0A365E8D55169B5B0525830C0057CC31/\\$FILE/ley_Alemana.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/0A365E8D55169B5B0525830C0057CC31/$FILE/ley_Alemana.pdf), fecha de consulta 12 de febrero de 2019.

Suiza, Constitución Federal de la Confederación Suiza, <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ch/ch191es.pdf>, fecha de consulta 12 de febrero de 2019.

Estados Unidos, Clinical Laboratory Improvement Amendments Act, <https://www.cms.gov/Regulations-and-Guidance/Legislation/CLIA/index.html>, fecha de consulta 13 de febrero de 2019.

Estados Unidos, Fertility Clinics success Rate and Certification Act, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-106/pdf/STATUTE-106-Pg3146.pdf>, fecha de consulta 13 de febrero de 2019.

Canadá, Assisted Human Reproduction Act, visible en <https://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/A-13.4.pdf>, consultado el 11 de febrero de 2019.

Argentina, Decreto 200/2007, <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-200-2007-136382>, consultado el 11 de febrero de 2019.

Brasil, Ley 11.105, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm, fecha de consulta 13 de febrero de 2019.

Colombia, Código Penal, http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html, fecha de consulta 13 de febrero de 2019.

Panamá, Ley número 3 del 15 de enero de 2004, <https://docs.panama.justia.com/federales/leyes/3-de-2004-jan-19-2004.pdf>, fecha de consulta 12 de febrero de 2019.

Perú, Ley General de Salud, http://www.essalud.gob.pe/ietsi/pdfs/tecnologias_sanitarias/1_Ley_26842-1997-Ley-General-de-Salud-Concordada.pdf, consultado el 12 de febrero de 2019.

Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf.

Asuntos resueltos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

Sentencia emitida en la acción de inconstitucionalidad 62/2009, por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión pública del veintinueve de septiembre de dos mil once, <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=112579>, fecha de consulta 13 de febrero de 2019.

Sentencia emitida en el amparo directo en revisión 2766/2015, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión del doce de julio de dos mil diecisiete, <http://mxscjnbiblio.scjn.pjf.gob.mx/ModuloInformes/Paginas/Resultados.aspx?Promovente=&TemaFondo=&Oficio=&ExpedienteOrigen=&Ocurrencias=0&Consecutivo=2766&A%c3%b1o=2015&TipoAsunto=10&Pertenececia=0&MinistroID=0&Folio=&cbPromovente=False&cbTemaFondo=False&Fecha=&Usuario=>, fecha de consulta 13 de febrero de 2019.

Sentencia emitida en el amparo en revisión 619/2017, por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión del veintinueve de noviembre de dos mil diecisiete, <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=112579>, fecha de consulta 13 de febrero de 2019.

Proyecto de sentencia relativo al amparo en revisión 553/2018, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión del veintiuno de noviembre de dos mil dieciocho.