

## CAPÍTULO DECIMOTERCERO

# OTRAS NORMAS QUE INCIDEN EN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN MÉXICO

Francisco LÓPEZ GONZÁLEZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Normas de fuente internacional*. III. *Normas de fuente interna*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

La fecundación *in vitro* apareció en el horizonte de la ciencia médica en los años sesenta del siglo XX<sup>1</sup> y la británica Louise Brown, primer “humano de probeta”, nació en 1978.<sup>2</sup> Así, si bien no es aventurado afirmar que los métodos de reproducción asistida son un fenómeno reciente en el devenir humano,<sup>3</sup> tampoco lo es asegurar que han estado suficiente tiempo en boga —más de cincuenta años— como para haberse convertido en fuente material del derecho.<sup>4</sup> No obstante, la normatividad sobre la reproducción asistida, en general, y la gestación por sustitución, en especial, es escasa.

<sup>1</sup> Coroleu Lletget, Buenaventura, “30 años de reproducción asistida en España”, en Bacino, Giuliana (ed.), *Reproducción humana asistida. Aspectos jurídicos, sociales y psicológicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 30 y 31.

<sup>2</sup> Walsh, Fergus, “30th Birthday for First IVF Baby”, *BBC News*, Reino Unido, 14 de julio de 2008, disponible en: <http://news.bbc.co.uk/go/pr/fr/-/2/hi/health/7505635.stm>.

<sup>3</sup> Vale recordar que, como lo apunta Harari, hace 6 millones de años vivió en la Tierra la última “abuela” común de humanos y chimpancés; hace 2 millones y medio de años evolucionó el género *Homo* en África, y, gracias a la evolución, hace 200,000 años aparece el *Homo sapiens* en África Oriental. Harari, Yuval Noah, *De animales a dioses. Breve historia de la humanidad*, México, Debate, 2014, p. 11.

<sup>4</sup> Como ejemplo de las actividades humanas que, en poco tiempo, han sido reguladas a nivel internacional está la exploración del espacio exterior, que en enero de 1967 fue objeto del Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes. Dos años después, el Apolo 11 se posó sobre la superficie lunar.

El objetivo de este capítulo es identificar aquellas normas, tanto de derecho internacional como doméstico, que implican el parámetro de legalidad dentro del cual la gestación por sustitución puede tener lugar en México. En este sentido, tales normas contribuyen a completar el panorama de la regulación mexicana presentado en la tercera parte de esta obra.

## II. NORMAS DE FUENTE INTERNACIONAL

Hoy en día no existen instrumentos internacionales sobre gestación por sustitución,<sup>5</sup> pero gracias al fraseo de algunas declaraciones y tratados es posible encuadrar la actividad dentro de sus objetos de regulación.

El primero de tales instrumentos es la DUDH,<sup>6</sup> cuyo artículo 16 establece, entre otras cosas, que hombres y mujeres tienen el derecho a fundar una familia. Aun teniendo el carácter de *soft law*,<sup>7</sup> la declaración significa, dentro del orden mundial surgido con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, el punto de partida de los derechos reproductivos y, por ende, también de la gestación por sustitución.

Si se asume que el concepto “familia” es unívoco y compartido universalmente, los alcances del derecho aludido no presentan problema alguno, pero desafortunadamente el término es vago. Los instrumentos vinculantes posteriores a la DUDH comparten este inconveniente y, por eso, este punto será brevemente tratado más adelante.

Esta sección comenzará contextualizando los tratados en materia de derechos humanos y su relación con la CPEUM, para luego referirse a varios de ellos y, finalmente, hará alusión a un caso resuelto por la CoIDH, cuya jurisprudencia obliga a los jueces mexicanos mientras sea más favorable a la persona.

<sup>5</sup> González Martín, Nuria y Albormoz, María Mercedes, “Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XVI, enero-diciembre de 2016, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/524/784>.

<sup>6</sup> Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948.

<sup>7</sup> “Una declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas adquiere la naturaleza de resolución que, como resolución de cualquier asamblea, no tiene por sí misma fuerza legal. En cambio, los pactos, convenciones y tratados (más o menos términos intercambiables) son acuerdos por medio de los cuales las naciones asumen obligaciones legalmente vinculantes”. Glendon, Mary Ann, *Un mundo nuevo. Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos*, México, Fondo de Cultura Económica, 2011, p. 140. También véanse Damrosch, Lori Fisler *et al.*, *International Law. Cases and Materials*, 4a. ed., Minnesota, West Group, 2001, pp. 142-158; Nguyen, Quoc Dinh *et al.*, *Droit international public*, 8a. ed., París, Lextenso Éditions, 2009, pp. 422-431.

1. *Tratados de derechos humanos y su relación con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*

A diferencia de la DUDH, los tratados internacionales son vinculantes, es decir, sí generan obligaciones para el Estado mexicano y su incumplimiento conlleva responsabilidad internacional. Además, por motivo de lo establecido en el artículo 133 constitucional, los tratados internacionales conforman la “Ley Suprema de toda la Unión” y, según lo dispuesto por el artículo 1o., en aras de expandir las prerrogativas de las personas, tienen como efecto adicionar el catálogo de derechos humanos de la carta magna. La SCJN ha interpretado la relación entre Constitución y tratados internacionales con derechos humanos de la siguiente forma:

DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUELLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> Tesis P./J. 20/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, abril de 2014, p. 202.

## 2. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*

Adoptado por la ONU a finales de 1966,<sup>9</sup> el PIDCP es el primer instrumento de corte universal que reconoce el derecho a fundar una familia. Es de utilidad para este trabajo transcribir el artículo relevante a continuación:

### Artículo 23

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.

3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

Probablemente, a lo largo de los trabajos preparatorios del PIDCP, los negociadores no tenían en mente ni el matrimonio entre personas del mismo sexo ni que la gestación por sustitución fuera un medio para fundar una familia. Sin embargo, la redacción del artículo 23 permite incluir ambas situaciones como parte de su objeto sin necesidad de recurrir a una interpretación compleja.

Es importante mencionar que el Senado mexicano aprobó el PIDCP el 18 de diciembre de 1980 y que fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de mayo de 1981.

## 3. *Convención sobre los Derechos del Niño*

Con una historia que se remonta a la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los Niños de 1924,<sup>10</sup> la CDN fue abierta a firma en 1989 por la Asamblea General de Naciones Unidas. México la promulgó y fue publicada el 25 de enero de 1991 en el *Diario Oficial de la Federación*. Dos artículos son particularmente interesantes para fines de esta exposición:

---

<sup>9</sup> Barrena, Guadalupe, *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (fascículo 3)*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012, p. 13, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29904.pdf>.

<sup>10</sup> League of Nations, Geneva Declaration of the Rights of the Child, 26 de septiembre de 1924, disponible en: <http://www.un-documents.net/gdrc1924.htm>.

#### Artículo 7

1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá 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.

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

#### Artículo 8

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

La incidencia de la CDN en la gestación por sustitución es tangencial, pero de gran importancia, porque son sus consecuencias naturales las que aquí se protegen.<sup>11</sup> Los niños tienen derecho a una identidad, esto es, a contar con los atributos de la personalidad típicos y a conocer a sus padres, que son dos de los problemas asociados a la gestación por sustitución y que —se entiende— la regulación específica resolvería.

#### 4. *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía*

Cuando la gestación por sustitución es onerosa,<sup>12</sup> implica un pago como contraprestación por una obligación de hacer que deviene en una de dar, puesto que culmina con la entrega del niño nacido a raíz de la gestación a quienes realizaron el pago. De ahí que, desde una perspectiva simplista, esta modalidad de la gestación por sustitución podría configurar una venta de niños. Sin embargo, también hay que tener presente, tal como lo expresa en un reciente Informe la relatora especial sobre la venta y la explotación sexual de niños de la ONU, que es factible que la gestación por sustitución remunerada sea compatible con el Protocolo.<sup>13</sup> Ello sucedería, por ejemplo, si no implica-

<sup>11</sup> Hodgkin, Rachel y Newell, Peter, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, 3a. ed., Ginebra, UNICEF, 2007.

<sup>12</sup> Para la discusión acerca del carácter gratuito u oneroso de la gestación por sustitución, véase la sección IV del capítulo tercero de esta obra.

<sup>13</sup> ONU, Asamblea General, “Informe de la relatora especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía

ra “el cumplimiento obligatorio o automático de los contratos de gestación por sustitución y las correspondientes órdenes de patria potestad previas al parto”.<sup>14</sup>

En su momento, la legislación doméstica especializada en la materia deberá tomar en cuenta lo establecido por el Protocolo y en el referido Informe y trazar, de la manera más clara posible, la línea divisoria entre las dos actividades, para lo cual será imprescindible evitar las ambigüedades y la vaguedad en el lenguaje. En lo conducente, el Protocolo establece lo siguiente:

#### Artículo 1

Los Estados Partes prohibirán la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil, de conformidad con lo dispuesto en el presente Protocolo.

#### Artículo 2

A los efectos del presente Protocolo:

a) Por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución.

La CDN define al “niño” como todo ser humano menor de 18 años, lo que incluye sin duda a los recién nacidos; pero un tema de debate —que no es objeto de la presente investigación— es si desde el momento de la concepción existe un “ser humano”.<sup>15</sup>

México ratificó este protocolo el 15 de marzo de 2002 y fue promulgado mediante publicación en el *Diario Oficial de la Federación* el 22 de abril de ese mismo año.

### 5. Convención Americana sobre Derechos Humanos

La Décima Conferencia Internacional Americana celebrada en Caracas, Venezuela, en 1954<sup>16</sup> es el antecedente más claro del compromiso de respeto a los derechos humanos por parte de las naciones americanas, que años des-

---

fía y demás material que demuestre abusos sexuales de niños”, Resolución A/HRC/37/60, 15 de enero de 2018, p. 21, párr. 75, disponible en: [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/HRC/37/60&Lang=S](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/37/60&Lang=S).

<sup>14</sup> *Idem*.

<sup>15</sup> Vale recordar el fraseo del artículo 4.1 de la CADH sobre la vida: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción...”.

<sup>16</sup> Ortiz, Macario y Morales, Ernesto (coords.), *Conferencias Internacionales Americanas. Segundo suplemento 1945-1954*, México, Biblioteca Digital Daniel Cosío Villegas, disponible en: [http://biblio2.colmex.mx/coinam/coinam\\_2\\_suplemento\\_1945\\_1954/base2.htm](http://biblio2.colmex.mx/coinam/coinam_2_suplemento_1945_1954/base2.htm).

pués daría lugar a la CADH como resultado de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, llevada a cabo entre el 7 y el 9 de noviembre de 1969 en San José, Costa Rica.<sup>17</sup>

La CADH entró en vigor en México en marzo de 1981, pero cobró gran relevancia a partir del reconocimiento de la competencia contenciosa de la CoIDH en diciembre de 1998.<sup>18</sup>

Circumscripta al continente americano, la CADH, en su artículo 17, prácticamente reproduce la fórmula plasmada en el artículo 23 del PIDCP:

Artículo 17. Protección a la Familia.

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

La CoIDH, intérprete autoritativo de la Convención, constató en el *caso Atala Ríffo y niñas vs. Chile* que en la CADH “no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo «tradicional» de la misma”.<sup>19</sup>

No debe pasar desapercibido que el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —Protocolo de San Salvador—, promulgado mediante publicación en el *Diario Oficial de la Federación* el 10. de septiembre de 1998 y

<sup>17</sup> García Ramírez, Sergio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2007, pp. 12-17.

<sup>18</sup> Véanse el *Diario Oficial de la Federación* del 9 de diciembre de 1998 y el *Diario Oficial de la Federación* del 24 de febrero de 1999.

<sup>19</sup> CoIDH, *Caso Atala Ríffo y niñas vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C No. 239, párr. 142, disponible en: [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf).

vigente en México desde noviembre de 1999, reafirma el derecho a fundar o constituir una familia y recalca la importancia de su protección en los siguientes términos:

Artículo 15. Derecho a la constitución y protección de la familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material.

2. Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna.

3. Los Estados Partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a:

a. Conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto;

b. Garantizar a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar;

c. Adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral;

d. Ejecutar programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad.

## 6. Caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*<sup>20</sup>

Se trata de la resolución por parte de la CoIDH de un asunto puesto a su consideración para determinar si el Estado costarricense había vulnerado o no derechos humanos de diversas personas a partir de la actuación de su Corte Suprema, que en 2000 había considerado inconstitucional la fecundación *in vitro*.

La CoIDH concluyó que, efectivamente, Costa Rica había violado los derechos humanos de *Artavia Murillo* y los otros accionantes contenidos en los artículos 5.1 (a la integridad física, psíquica y moral), 7o. (a la libertad personal), 11.2 (a no ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada) y 17.2 (a fundar una familia).

Entre otras cosas, la CoIDH estableció que Costa Rica debía dejar de inmediato sin efecto la prohibición de la fecundación *in vitro* para que las personas que desearan hacer uso de dicha TRHA pudieran hacerlo sin en-

<sup>20</sup> CoIDH, *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2012, Serie C No. 257, disponible en: <http://bit.ly/VUYz0A>.

contrar impedimentos al ejercicio de los derechos mencionados en el párrafo anterior.

Si bien la resolución se refiere a un país diverso, es un criterio con fuerza vinculante para los tribunales mexicanos, conforme a lo que ha sostenido la SCJN respecto de las sentencias provenientes de la CoIDH:

JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1o. constitucional, pues el principio pro persona obliga a los Jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.<sup>21</sup>

### III. NORMAS DE FUENTE INTERNA

En esta sección se incluyen las normas mexicanas de fuente interna del orden federal que tienen incidencia en la gestación por sustitución en el país.

#### 1. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*

Las modificaciones a la CPEUM del 10 de junio de 2011 han significado un cambio paradigmático en el sistema jurídico mexicano.<sup>22</sup> El paso de

<sup>21</sup> Tesis P./J. 21/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, abril de 2014, p. 204.

<sup>22</sup> Vale la pena recordar que paradigma es una “constelación de creencias, valores, técnicas y demás, compartidos por los miembros de una comunidad dada”. Kuhn, Thomas Sa-

“garantías individuales” a “derechos humanos” no se limita a cuestiones semánticas, sino que refleja un modelo enteramente distinto de relación entre gobierno y gobernados. El que se pretende como sello del nuevo esquema es la maximización de los derechos de las personas y su justiciabilidad. Dentro de esta visión, el entendimiento de los derechos reproductivos y el ensanchamiento de su campo de protección se logra a partir de la interpretación sistemática<sup>23</sup> de los artículos constitucionales 1o. y 4o.

La sintaxis empleada en el artículo 4o. de la CPEUM admite sin dificultad la gestación por sustitución, porque, además de reconocer la igualdad entre hombres y mujeres, hace lo propio con su derecho a decidir sobre los hijos que, en su caso, decidan tener.<sup>24</sup> En su parte conducente, dicho artículo a la letra establece lo siguiente:

Artículo 4o. El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

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

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución...

Toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. El Estado garantizará el cumplimiento de estos derechos. La autoridad competente expedirá gratuitamente la primera copia certificada del acta de registro de nacimiento.

Precisamente, de esta forma es como en la actualidad (junio de 2018) lo ha interpretado la SCJN en un criterio aislado pero relevante:

---

muel, *La estructura de las revoluciones científicas*, 3a. ed., trad. de Carlos Solís Santos, México, Fondo de Cultura Económica, 2007, pp. 302 y 303.

<sup>23</sup> Para una clara y exhaustiva explicación de la mecánica de la interpretación sistemática, véanse Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de Marina Gascón y Miguel Carbonell, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, pp. 43-48; Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, pp. 119-121.

<sup>24</sup> Para un repaso de la evolución de los derechos reproductivos (y sexuales) desde la Proclamación de Teherán de 1968, véase Ávalos Capín, Jimena, “Derechos reproductivos y sexuales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.*, *Derechos humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, SCJN-Fundación Konrad Adenauer-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. 2267-2289.

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.<sup>25</sup>

Adicionalmente, como se destacó con anterioridad al hablar de la CDN, el derecho a la identidad está claramente conectado con la gestación por sustitución por los problemas que supone respecto del niño nacido como consecuencia de esta práctica. La SCJN, en el mismo amparo 2766/2015, sentó también el siguiente criterio sobre el particular:

DERECHO A LA IDENTIDAD DE UN MENOR. ELEMENTOS QUE SE DEBEN TOMAR EN CUENTA CUANDO EL NIÑO O LA NIÑA NACIÓ POR CONSECUENCIA DE UN TRATAMIENTO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA. El derecho a la identidad de un menor, contemplado en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuando se empleó un tratamiento por inseminación artificial heteróloga, se dota de contenido bajo una doble connotación: en primer lugar, respecto de las consecuencias jurídicas que surgen por quienes se someten a esos tratamientos; y en segundo lugar, en relación con el impacto que se produce en los hijos nacidos bajo esas técnicas. Así, al estar en presencia de un tratamiento por inseminación artificial heteróloga, como técnica a través de la cual las personas tanto en lo individual como en pareja pueden ejercer su derecho a formar una familia, lo primero que habrá que verificar es en cuál de esas dimensiones (la individual o en pareja) se realizó el tratamiento; después de ello, resultará necesario determinar si existió o no consentimiento de la persona que no aportó material genético, pues ello constituirá uno de los elementos para integrar la filiación de un hijo nacido bajo esa técnica de reproducción asistida. Hecho lo anterior, el operador jurídico tendrá elementos para fijar las consecuencias jurídicas del

<sup>25</sup> Tesis 1a. LXXVI/2018, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, junio de 2018, p. 957.

acto, las cuales deberán ser asumidas, precisamente, bajo la doble connotación mencionada y tomando en cuenta que la mejor decisión será aquella que atienda al interés superior del menor.<sup>26</sup>

Asimismo, la resolución de ese amparo llevó a otro criterio relevante sobre la importancia de la voluntad de quienes intervienen en los métodos de reproducción asistida para generar las consecuencias de derecho típicas de las relaciones paterno-filiales:

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 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.<sup>27</sup>

## 2. *Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*

La LGDNNA es una norma programática que fue promulgada en 2014 y su más reciente modificación fue hecha el 20 de junio de 2018. Esta ley refiere expresamente lo siguiente:

Artículo 13. Para efectos de la presente Ley son derechos de niñas, niños y adolescentes, de manera enunciativa más no limitativa, los siguientes:

...

III. Derecho a la identidad;

<sup>26</sup> Tesis 1a. LXXVII/2018, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, junio de 2018, p. 955.

<sup>27</sup> Tesis 1a. LXXIX/2018, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, junio de 2018, p. 981.

#### IV. Derecho a vivir en familia;

...

Las autoridades federales, de las entidades federativas, municipales y de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, en el ámbito de sus respectivas competencias, adoptarán las medidas necesarias para garantizar estos derechos a todas las niñas, niños y adolescentes sin discriminación de ningún tipo o condición.

Al igual que en la CDN y en lo referente al derecho a la identidad previsto en el artículo 4o. de la CPEUM, la incidencia sobre la gestación por sustitución no es directa. El artículo 19 establece los derechos que se originan con el nacimiento y conjuntamente conforman el derecho a la identidad, entre los que se encuentran el derecho a ser inscritos en el Registro Civil, el derecho a nombre y apellidos, el derecho a la nacionalidad y el derecho a conocer su filiación y origen en la medida en que esto sea acorde con el interés superior de la niñez.<sup>28</sup>

Llama la atención que en las disposiciones referentes al derecho a vivir en familia de los niños, niñas y adolescentes —capítulo 4, artículos 22-35— no se haga mención alguna a aquellos que hayan nacido como consecuencia de un acuerdo de gestación por sustitución ni del empleo de TRHA en general. En este apartado, la LGDNNa se centra en el caso de quienes fueron separados por la fuerza de sus familias y en las posibilidades de la adopción.

### 3. *Ley General de Salud*

A pesar de que uno de los temas sobre los que versa la LGS es la planificación familiar, no contiene disposición alguna sobre la gestación por sustitución.

En 2016, la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión aprobó un dictamen sobre una serie de reformas y/o adiciones a la ley que regularían esta actividad.<sup>29</sup> Debido a que entrar al estudio puntual del dictamen es un ejercicio estéril por los potenciales cambios que

<sup>28</sup> Sobre el interés superior del niño, véase Committee on the Rights of the Children, “General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)”, ONU, 29 de mayo de 2013, disponible en: <http://undocs.org/CRC/C/GC/14>.

<sup>29</sup> Cámara de Diputados, “Avala Comisión de Salud dictámenes sobre reproducción asistida y protección a madres reclusas”, *Boletín*, núm. 2099, 22 de septiembre de 2016, disponible en: <http://www5.diputados.gob.mx/index.php/esl/Comunicacion/Boletines/2016/Septiembre/22/2099-Avala-Comision-de-Salud-dictámenes-sobre-reproduccion-asistida-y-proteccion-a-madres-reclusas>.

podría experimentar en su camino a convertirse en derecho positivo, sólo cabe destacar aquí dos aspectos: en primer lugar, que considera la reproducción asistida como materia de salud pública y, por lo tanto, objeto de regulación en la LGS, y, en segundo lugar, que contempla la creación de un Registro Nacional sobre Reproducción Asistida, que posibilitaría, por supuesto, el acopio de información sobre las actividades de reproducción asistida dentro del territorio nacional.

#### 4. *Código Civil Federal y Código Federal de Procedimientos Civiles*

El artículo 124 de la CPEUM establece un mecanismo simple de distribución de competencias legislativas: todas aquellas materias cuyo tratamiento no esté expresamente concedido al Poder Legislativo federal están reservadas para los congresos estatales.

Una de las materias que se encuentra dentro la competencia estatal es la civil-familiar, motivo por el que se entiende que cada estado y la Ciudad de México deben contar con sus propios códigos civiles y/u ordenamientos sobre relaciones familiares.

Sobre la base de que “la gestación por sustitución es aquella que surge de un contrato, a título oneroso o gratuito, celebrado entre una persona física o una pareja de padres intencionales y una mujer, a fin de que ésta lleve a cabo la gestación de un embrión y que, cuando haya nacido el bebé, lo entregue al o a los padres intencionales”,<sup>30</sup> tanto el contrato como la gestación y sus consecuencias recaen dentro del ámbito de las relaciones privadas de las personas; por esa razón, son los congresos locales los competentes para legislar sobre la materia.

De esta manera, no es posible que la gestación por sustitución sea normada desde el Código Civil Federal y su correspondiente código adjetivo.

### IV. CONCLUSIONES

No hay a nivel constitucional ni federal una regulación específica sobre la gestación por sustitución y tampoco existen convenciones o acuerdos sobre la materia, por lo que la actividad es normada a partir de los postulados generales contenidos en el bloque de constitucionalidad mexicana.

---

<sup>30</sup> Albornoz, María Mercedes y López González, Francisco, “Marco normativo de la gestación por sustitución en México: desafíos internos y externos”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, nueva época, vol. 11, núm. 39, enero-junio de 2017, p. 9, disponible en: <http://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/303/299>.

En este sentido, los artículos 1o. y 4o. de la CPEUM, la DUDH, el PIDCP, la CDN, la CADH y la LGDNNa son los principales materiales jurídicos a partir de los cuales se construye el entramado que posibilita la gestación por sustitución en México.

Por otra parte, de la forma en que se encuentran actualmente distribuidas las competencias para legislar en México, la regulación de la gestación por sustitución es del dominio reservado de las distintas entidades federativas y de la Ciudad de México. Por ahora no hay razón por la que el Código Civil Federal ni el Código Federal de Procedimientos Civiles puedan incorporar en su articulado disposiciones sustantivas sobre dicha actividad.

Finalmente, lo deseable es lo obvio: la creación de un marco jurídico específico para la gestación por sustitución que tome en consideración todas sus aristas a efecto de lograr su instrumentación holística y efectiva, protegiendo los derechos de todos los sujetos involucrados y atendiendo especialmente al interés superior del niño.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ALBORNOZ, María Mercedes y LÓPEZ GONZÁLEZ, Francisco, “Marco normativo de la gestación por sustitución en México: desafíos internos y externos”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, nueva época, vol. 11, núm. 39, enero-junio de 2017, disponible en: <http://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/303/299>.
- ÁVALOS CAPÍN, Jimena, “Derechos reproductivos y sexuales”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo *et al.*, *Derechos humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, SCJN-Fundación Konrad Adenauer-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.
- BARRENA, Guadalupe, *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (fascículo 3)*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29904.pdf>.
- CÁMARA DE DIPUTADOS, “Avala Comisión de Salud dictámenes sobre reproducción asistida y protección a madres reclusas”, *Boletín*, núm. 2099, 22 de septiembre de 2016, disponible en: <http://www5.diputados.gob.mx/index.php/esl/Comunicacion/Boletines/2016/Septiembre/22/2099-Avala-Comision-de-Salud-dictámenes-sobre-reproduccion-asistida-y-proteccion-a-madres-reclusas>.
- COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILDREN, “General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as

- a primary consideration (art. 3, para. 1)”, ONU, 29 de mayo de 2013, disponible en: <http://undocs.org/CRC/C/GC/14>.
- COROLEU LLETGET, Buenaventura, “30 años de reproducción asistida en España”, en BACCINO, Giuliana (ed.), *Reproducción humana asistida. Aspectos jurídicos, sociales y psicológicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- DAMROSCH, Lori Fisler *et al.*, *International Law. Cases and Materials*, 4a. ed., Minnesota, West Group, 2001.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2007.
- GLENDON, Mary Ann, *Un mundo nuevo. Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos*, México, Fondo de Cultura Económica, 2011.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y ALBORNOZ, María Mercedes, “Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XVI, enero-diciembre de 2016, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/524/784>.
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de Marina Gascón y Miguel Carbonell, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999.
- HARARI, Yuval Noah, *De animales a dioses. Breve historia de la humanidad*, México, Debate, 2014.
- HODGKIN, Rachel y NEWELL, Peter, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, 3a. ed., Ginebra, UNICEF, 2007.
- KUHN, Thomas Samuel, *La estructura de las revoluciones científicas*, 3a. ed., trad. de Carlos Solís Santos, México, Fondo de Cultura Económica, 2007.
- NGUYEN, Quoc Dinh *et al.*, *Droit international public*, 8a. ed., París, Lextenso Éditions, 2009.
- ONU, ASAMBLEA GENERAL, “Informe de la relatora especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que demuestre abusos sexuales de niños”, Resolución A/HRC/37/60, 15 de enero de 2018, disponible en: [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/HRC/37/60&Lang=S](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/37/60&Lang=S).
- ORTIZ, Macario y MORALES, Ernesto (coords.), *Conferencias Internacionales Americanas. Segundo suplemento 1945-1954*, México, Biblioteca Digital Daniel Co-

sío Villegas, disponible en: [http://biblio2.colmex.mx/coinam/coinam\\_2\\_suplemento\\_1945\\_1954/base2.htm](http://biblio2.colmex.mx/coinam/coinam_2_suplemento_1945_1954/base2.htm).

WALSH, Fergus, “30th Birthday for First IVF Baby”, *BBC News*, Reino Unido, 14 de julio de 2008, disponible en: <http://news.bbc.co.uk/go/pr/fr/-/2/hi/health/7505635.stm>.