

## CAPÍTULO CUARTO

### DEBATE EN TORNO A LA GESTACIÓN SUBROGADA EN MÉXICO

Rosa Verónica ESPARZA PÉREZ  
Isabel FULDA GRAUE

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Principales debates en torno a la gestación subrogada*. III. *Regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en México*. IV. *Regulación de la gestación subrogada en México*. V. *Criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre determinación de la filiación en procedimientos de reproducción asistida*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

#### I. INTRODUCCIÓN

La práctica de la gestación subrogada<sup>1</sup> es compleja, implica cuestiones que aún no cuentan con respuestas claras, desde el marco de los derechos humanos ni de los feminismos, y que deben ser resueltas a nivel nacional e internacional para evitar abusos, explotación y violaciones a derechos humanos.

Existen importantes variaciones en la práctica alrededor del mundo, la falta de consenso a nivel global ha llevado a que los Estados asuman posturas diversas en torno a permitir o prohibir la figura. En los Estados en que se permite su práctica, también existe disparidad en torno a diversos aspectos, como si deben admitirse acuerdos onerosos o solamente los de carácter altruista; las condiciones de acceso, la participación de intermediarios, y la forma de prevenir posibles conflictos de interés, entre otros.

---

<sup>1</sup> La gestación subrogada es un contrato a través del cual una mujer acepta gestar para una persona o pareja que tiene la intención de fungir como padre(s) o madre(s) de la niña o niño nacidos de dicho embarazo.

El Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE) ha documentado las violaciones a derechos humanos relacionadas con la práctica de la gestación subrogada en México:<sup>2</sup> ausencia de contratos, abusos por parte de clínicas y agencias, negación de documentos de identidad a las niñas y niños nacidos a partir de estos acuerdos, criminalización de las mujeres gestantes, entre otras. Algunos de estos patrones existían bajo el marco jurídico mínimo que establecía, desde 1997, el Código Civil del Estado de Tabasco; otros surgieron o se reforzaron como consecuencia de la reforma a dicho código en enero de 2016.

Así, la situación actual en México es una en la que dos entidades —Tabasco y Sinaloa— regulan de manera deficiente la gestación subrogada en su legislación civil y familiar, respectivamente. Por su parte, los estados de Querétaro y San Luis Potosí han incluido artículos en su Código Civil y Familiar, respectivamente, que desconocen explícitamente cualquier acuerdo de gestación subrogada. En el resto del país esta práctica permanece desregulada.

A nivel federal, persiste una ausencia de regulación con respecto a las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), procedimientos que resultan muy relevantes para quienes participan en acuerdos de gestación por contrato.

La existencia de abusos documentados alrededor del mundo en acuerdos de gestación subrogada es innegable, pero son sólo una parte de la historia, en la que además el prohibicionismo ha resultado un mecanismo inútil. Lejos de eliminar la gestación subrogada, su prohibición en países previamente permisivos, sin regulación o con un deficiente marco normativo, ha llevado a que continúe de forma clandestina o bien migre a otras regiones. La penalización tampoco ha tenido como consecuencia la desaparición de la industria ni de sus representantes más cuestionables, sino la criminalización de mujeres pobres y su mayor precarización.<sup>3</sup>

## II. PRINCIPALES DEBATES EN TORNO A LA GESTACIÓN SUBROGADA

La práctica de la gestación subrogada plantea problemas particularmente difíciles, ya que involucra temas controvertidos que siguen sin resolverse des-

---

<sup>2</sup> Los principales insumos utilizados para este texto son resultado de la labor del GIRE, gran parte de los cuales han sido plasmados en el informe *Gestación Subrogada en México: Resultados de una Mala Regulación*, México, GIRE, 2017, disponible en [gestacion-subrogada.gire.org.mx](http://gestacion-subrogada.gire.org.mx).

<sup>3</sup> Fulda, Isabel, “Gestación subrogada: no abolir el debate”, *Letras Libres*, abril de 2019, disponible en <https://www.letraslibres.com/mexico/revista/gestacion-subrogada-no-abolir-el-debate>.

de una perspectiva feminista y de derechos humanos. A pesar de la multiplicidad de elementos a considerar en torno a estos acuerdos, existen tres grandes temas de debate teóricos y prácticos alrededor del mundo. Primero, la discusión sobre si la gestación subrogada debe ser regulada o prohibida en general. Segundo, el asunto de la remuneración económica para la mujer gestante. Tercero, la definición de quienes deben tener acceso a celebrar este tipo de acuerdos.

Además, el aumento a nivel mundial del número de personas que participan en acuerdos de gestación subrogada ha llevado a complejas discusiones teóricas y políticas sobre diversas cuestiones como son los derechos de las partes que intervienen en los acuerdos, las reglas para determinar la filiación de los niños y niñas nacidos por gestación subrogada, y el marco legal internacional necesario para responder a esta práctica global.

### *1. Prohibir o regular la gestación subrogada*

El debate en torno a la gestación subrogada se ha dividido entre quienes califican esta práctica como inherentemente coercitiva y de explotación sobre las mujeres, y argumentan que, por lo tanto, debe ser prohibida en todas sus formas. Por otro lado, hay quienes, si bien reconocen la existencia de abusos en su práctica, consideran importante asegurar el consentimiento de las partes y evitar abusos. El respeto a los derechos humanos —en particular, el derecho de las mujeres a decidir sobre su propio cuerpo— obliga a reconocerla y aceptarla y, por esto, es necesario regular su práctica. Ésta es la postura de GIRE.

La prohibición de la gestación subrogada no es sólo una medida cuestionable por su relación con estereotipos de género y prejuicios acerca de la maternidad, así como por el mensaje que envía por parte del Estado acerca de la capacidad de las mujeres para tomar decisiones sobre su vida privada, sino que ha probado ser inadecuada para proteger a las partes de los abusos más comunes relacionados con la práctica. En términos generales, la experiencia internacional muestra que prohibir la gestación subrogada, lejos de proteger a las mujeres y los niños nacidos de estos acuerdos, favorece su persecución y la aparición de nuevos patrones de abuso.

### *2. Remuneración a las mujeres gestantes*

La remuneración económica es uno de los elementos más controversiales en la discusión sobre la gestación subrogada. Por un lado, existen

quienes se oponen tajantemente a que exista una compensación económica, argumentando que la cantidad que reciben las mujeres gestantes es tan baja que constituye una forma de explotación. Por otro lado, hay quienes consideran que, si la remuneración económica para las mujeres gestantes es muy alta en relación con lo que podrían ganar en otra actividad, no habría manera racional de que pudieran negarse a participar. Es decir, el pago las induce a aceptar y pone su consentimiento en duda.<sup>4</sup> Ambos argumentos se enmarcan en contextos de gran desigualdad, donde la gestación subrogada es legal.

En contraste, existen quienes defienden el establecimiento de una remuneración por los servicios reproductivos que ofrece la mujer gestante. Afirman que respetar la capacidad de agencia de las mujeres implica compensar el servicio que proveen al gestar por otros, considerando el trabajo físico que esto representa y los riesgos asociados. Si bien se deben establecer medidas para prevenir la explotación y asegurar el consentimiento informado de las mujeres gestantes, la gestación subrogada no tiene por qué realizarse necesariamente de forma gratuita o altruista.

GIRE considera que la narrativa común, que sugiere que la gestación subrogada debe llevarse a cabo siempre con fines estrictamente “altruistas”, se basa en estereotipos de género que desconocen la autonomía reproductiva de las mujeres gestantes, y resulta poco efectiva para enfrentar los abusos en que pueden incurrir las clínicas y agencias dedicadas a este ejercicio. Así, establecer un requisito de gratuidad, tanto en la legislación como en los contratos de gestación subrogada, no es una vía idónea para proteger a las mujeres, pues llevaría la práctica a la clandestinidad. Es decir, seguirán existiendo promesas de pago que, por ser informales, dejarían a las mujeres gestantes sin la posibilidad de presentar algún recurso legal para exigir su cumplimiento.

### 3. Acceso a la práctica

A pesar de que las restricciones impuestas para acceder a la práctica comúnmente buscan justificarse bajo la idea de que sirven para “proteger” a las mujeres gestantes y/o a las niñas y niños nacidos a partir de estos acuerdos, esto no siempre es así. Suelen esconder prejuicios contrarios a los derechos humanos o, simplemente, no son la vía idónea para lograr este

---

<sup>4</sup> Para una discusión acerca de estos argumentos y cómo deben ser conceptualmente separados, véase Macklin, Ruth, *Surrogates and Other Mothers: the Debates over Assisted Reproduction*, Philadelphia, Temple University Press, 1994.

objetivo. Por ejemplo, el requisito de que los padres intencionales sean una pareja casada o en concubinato, conformada por un hombre y una mujer, es una restricción común en la normativa internacional.

En México, el 27 de enero de 2017, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) emitió la tesis jurisprudencial 08/2017, cuya aplicación se volvió obligatoria a partir del 30 de enero del mismo año. En ésta, la SCJN determinó que, “la vida familiar entre personas del mismo sexo no se limita únicamente a la vida en pareja, sino que puede extenderse a la procreación y a la crianza de niños y niñas según la decisión de los padres. Así, existen parejas del mismo sexo que hacen vida familiar con niños y niñas procreados o adoptados por alguno de ellos, o parejas que utilizan los medios derivados de los avances científicos para procrear”.<sup>5</sup> La resolución reconoce la protección constitucional para todo tipo de familias, incluyendo aquellas que se forman a través de TRHA. Con base en este precedente y el artículo 1o. constitucional, las autoridades mexicanas están obligadas a reconocer los diferentes tipos de familia sin discriminación, sean parejas del mismo sexo, de diferente sexo o personas solteras.

En particular, GIRE considera que el acceso a la gestación subrogada no debe limitarse por razones de sexo, estado civil, orientación sexual o nacionalidad, y que otros requisitos, como la edad o la residencia, deben ser claramente argumentados por parte del Estado como la mejor vía para proteger derechos.

### III. REGULACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN MÉXICO

Toda vez que, en la mayoría de los casos, es necesario recurrir a TRHA en la gestación subrogada, es fundamental contar con un marco normativo que regule, de manera general, el acceso y práctica de estos procedimientos.

El acceso a las TRHA implica el ejercicio de una serie de derechos humanos, entre ellos a fundar una familia, a la vida privada (autonomía reproductiva), a la salud y a beneficiarse del progreso científico. Garantizar estos derechos incluye la regulación e implementación de las TRHA, para que quienes no puedan embarazarse sin intervención médica puedan acudir a ellas.

---

<sup>5</sup> Tesis 1a. J.8/2017(10a.), DERECHO A LA VIDA FAMILIAR DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, 27 de enero de 2017, disponible en <http://bit.ly/2jxqRVn>.

En México, el artículo 3o. de la Ley General de Salud establece que el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y células es materia exclusiva federal de salubridad general. Por lo tanto, la emisión de la normatividad aplicable a los servicios de reproducción asistida es competencia federal, y con fundamento en el artículo 73 constitucional, corresponde a la Ley General de Salud establecer las bases para su regulación. A pesar de que en México, desde hace décadas, miles de personas recurren a estos procedimientos por diversas razones: son infértiles, son parejas del mismo sexo o son personas solteras, entre otras; hasta este momento, no existe una normativa federal vigente que regule estos procedimientos y, por lo tanto, se prestan sin una verificación sanitaria adecuada ni protección a los derechos humanos de las partes.<sup>6</sup>

De acuerdo con cifras publicadas por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (Red Lara) de 1990 a 2012,<sup>7</sup> en América Latina nacieron 128,245<sup>8</sup> niños con ayuda de alguna TRHA. Los países en donde se registró el mayor número de nacimientos fueron: Brasil (56,674); Argentina (26,085), seguido por México (17,238). Estos tres países representan 78% del total de nacimientos que registró la Red Lara de 1990 a 2012.

En México, hasta el 31 de diciembre de 2018, 130 clínicas o establecimientos privados y públicos<sup>9</sup> operan y practican TRHA, con licencia sanitaria expedida por la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (Cofepris);<sup>10</sup> sin embargo, hasta este momento, ni el Congreso de la Unión ni la Secretaría de Salud federal han atendido a su obligación de establecer una normativa en la materia que sea compatible con los avances de la ciencia médica y con los derechos humanos.

---

<sup>6</sup> Véase capítulo de reproducción asistida en GIRE, Niñas y Mujeres sin Justicia. Derechos Reproductivos en México, 2015, pp. 209-243, disponible en <http://gire.org.mx/wp-content/uploads/2016/07/INFORME-GIRE-2015.pdf>.

<sup>7</sup> Estado Actual de la Reproducción Asistida en América Latina y el Mundo, disponible en [http://redlara.com/PDF\\_RED/Situacao\\_atual\\_RED/LARA\\_no\\_mundo.pdf](http://redlara.com/PDF_RED/Situacao_atual_RED/LARA_no_mundo.pdf).

<sup>8</sup> Países incluidos en la cifra total son: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

<sup>9</sup> Sistema infomex, folio 1215100092419.

<sup>10</sup> Conforme a la Ley General de Salud, la Secretaría de Salud ejerce las atribuciones de regulación, control y fomento sanitario, a través de la Cofepris, en lo relativo al control y vigilancia de los establecimientos de salud; el control sanitario de productos y servicios; el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes, células de seres humanos, entre otros. Por esto, por disposición de ley, los establecimientos en los que se practican procedimientos de reproducción asistida deben contar con una licencia sanitaria expedida por la Cofepris.

*Iniciativa para reformar la Ley General de Salud, en materia de reproducción humana asistida*

A pesar de que la primera iniciativa en la materia se presentó en el seno del Poder Legislativo en 1999,<sup>11</sup> a la fecha ningún proyecto ha sido aprobado.<sup>12</sup> La última iniciativa se presentó, por la exsenadora Olga María del Carmen Sánchez Cordero Dávila, en noviembre de 2018;<sup>13</sup> el proyecto busca que se reformen y adicionen diversas disposiciones de la Ley General de Salud, para regular a nivel nacional el acceso a las técnicas de reproducción asistida en general, garantizando con esto el ejercicio de diversos derechos humanos para aquellas personas que requieren de este tipo de procedimientos, y no de una propuesta dirigida en específico a la regulación de la gestación subrogada.

En este proyecto se reconoce que el Estado debe garantizar el acceso a los servicios de reproducción humana asistida como una forma de proteger el derecho de las personas a fundar una familia, a la igualdad y no discriminación, a la salud, y a beneficiarse del progreso científico.

Hasta este momento, la iniciativa se encuentra pendiente de dictamen en las Comisiones Unidas de Salud y de Estudios Legislativos, así como en espera de la opinión por parte de la Comisión de Derechos de la Niñez y de la Adolescencia, todas del Senado de la República.

---

<sup>11</sup> González Santos, S. P., “From Esteriology to Reproductive Biology: The Story of the Mexican Assisted Reproduction Business”, *Reproductive, Biomedicine and Society*, vol. 2, 2016, p. 124, disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/82179219.pdf>

<sup>12</sup> Algunas de las iniciativas que se han presentado, tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado, se pueden consultar en GIRE, Omisión e Indiferencia. Derechos Reproductivos en México, 2013, pp. 168, 169, disponible en <http://informe.gire.org.mx/caps/cap6.pdf>; GIRE, Niñas y Mujeres sin Justicia. Derechos Reproductivos en México, 2015, pp. 226-228, disponible en <https://gire.org.mx/wp-content/uploads/2016/07/INFORME-GIRE-2015.pdf>; Informe de Actividades de la Comisión Nacional de Bioética, en Torno al Marco Regulatorio de la Reproducción Humana Asistida, 2013, disponible en <http://www.conbioetica-mexico.salud.gob.mx/descargas/pdf/Informe.pdf>.

<sup>13</sup> Iniciativa de la senadora Olga María del Carmen Sánchez Cordero Dávila, con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Salud, en materia de reproducción humana asistida, disponible en <https://morena.senado.gob.mx/2018/11/20/iniciativa-de-la-senadora-olga-maria-del-carmen-sanchez-cordero-davila-con-proyecto-de-decreto-por-el-que-se-reforman-y-adicionan-diversas-disposiciones-de-la-ley-general-de-salud-en-materia-de-repro/>.

#### IV. REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN MÉXICO

Por su parte, la gestación subrogada, hasta este momento, ha sido regulada únicamente en dos estados: Tabasco y Sinaloa. En 1997, el estado de Tabasco introdujo una regulación sobre gestación subrogada en su Código Civil, que simplemente contemplaba el registro de menores nacidos a partir de estos acuerdos. Es decir, la legislación permitía que existieran los contratos, pero no ofrecía protecciones a las partes y favorecía la aparición de ciertos abusos y problemas. El 13 de enero de 2016 se aprobó una reforma a dicha legislación, lo que dio lugar a algunas nuevas oportunidades y, al mismo tiempo, dio lugar a nuevos problemas y violaciones a derechos humanos por parte de autoridades del Estado.

En Sinaloa, la figura se introdujo en 2013 en su Código Familiar,<sup>14</sup> este ordenamiento prevé que sólo podrán acceder a los acuerdos los ciudadanos mexicanos,<sup>15</sup> disposición que deja fuera a personas extranjeras que son residentes permanentes o temporales en el país; pueden celebrarlo parejas heterosexuales;<sup>16</sup> además, es requisito que la madre intencional esté imposibilitada físicamente o exista contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero.<sup>17</sup>

En contraste, Querétaro<sup>18</sup> y San Luis Potosí<sup>19</sup> han incluido artículos en sus códigos Civil y Familiar, respectivamente, que desconocen explícitamente cualquier acuerdo de gestación subrogada. Es decir, establecen que siempre se presumirá la maternidad de la mujer gestante y que no se podrá hacer válido ningún acuerdo que diga lo contrario.<sup>20</sup> En el resto del país, la práctica permanece desregulada.

---

<sup>14</sup> Artículos 282 a 297 del Código Familiar de Sinaloa.

<sup>15</sup> Artículo 290, fracción I, del Código Familiar de Sinaloa.

<sup>16</sup> Artículo 287 del Código Familiar de Sinaloa.

<sup>17</sup> Artículo 283 del Código Familiar de Sinaloa.

<sup>18</sup> Código Civil de Querétaro, artículo 400. “Las parejas adoptantes de embriones no podrán procurar la maternidad asistida o subrogada, ni contratar el vientre de una tercera mujer para la gestación del embrión”.

<sup>19</sup> Código Familiar de San Luis Potosí, artículo 243. “Es inexistente la maternidad sustituta 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”.

<sup>20</sup> El 15 de diciembre de 2015 se publicó en el *Periódico Oficial* la reforma que derogó el artículo 491 del Código Civil para el Estado de Coahuila que establecía lo siguiente: “El contrato de maternidad subrogada es inexistente y por lo mismo no producirá efecto legal alguno. Si un óvulo fecundado fuese implantado en una mujer de quien no proviniera el material genético, la maternidad se atribuirá a ésta y no a quien lo aportó”. Por lo que, a



### *La situación actual en Tabasco*

A pesar de que la posibilidad de participar en un contrato de gestación subrogada en Tabasco se introdujo hace veintidós años, el número de personas y parejas de otros países que viajaban al estado a realizar contratos de este tipo aumentó a partir de 2012, cuando India —el entonces mayor destino de gestación subrogada en el mundo— modificó su legislación para imponer restricciones importantes a personas extranjeras y parejas del mismo sexo.

En 2014, Tailandia hizo lo propio, lo cual también derivó —aunque en menor medida— en un mayor número de casos de gestación subrogada transfronteriza en México.<sup>21</sup> En respuesta a esta situación, el Gobierno del estado de Tabasco reformó en enero de 2016 el Código Civil local para incluir el capítulo 6 bis, De la gestación sustituta y subrogada, con una regulación más comprehensiva que la que había estado vigente hasta entonces.

#### *A. Algunos aspectos problemáticos en la implementación de la reforma en Tabasco*

En principio, la reforma no aclaró qué ocurriría con aquellos contratos firmados antes de la reforma, cuyos efectos ocurrirían con posterioridad a la misma. Esta situación provocó que el Gobierno del estado de Tabasco exigiera requisitos —como que los padres intencionales fueran mexicanos— integrados al Código Civil, a partir de la reforma a las partes de contratos de gestación subrogada, suscritos antes de la publicación de la nueva legislación. Es decir, que quienes firmaron un contrato de este tipo antes de enero de 2016 encontraron obstáculos para el registro de sus hijos, por no cumplir con los nuevos requisitos. La aplicación retroactiva de la ley es una violación a los derechos humanos de las partes que, en este caso, llevó a una situación de incertidumbre jurídica generalizada en el estado.

Por otra parte, la obligación establecida en la normativa vigente en Tabasco de que todas las partes del proceso deben ser mexicanas, discrimina a las personas extranjeras que son residentes permanentes o temporales en el país, incluidas aquéllas en concubinato o matrimonio con personas mexica-

---

partir de 2015 Coahuila forma parte de los estados en los que la gestación subrogada no está regulada.

<sup>21</sup> Hovav, April, “Producing Moral Palatability in the Mexican Surrogacy Market”, *Gender & Society*, vol. 33, núm. 2, abril de 2019, p. 274.

nas. Esta restricción, promovida por parte del Gobierno de Tabasco como una forma de “proteger” a las mujeres de la entidad, ha derivado en un clima de persecución y estigma hacia padres intencionales y mujeres gestantes, así como en la falta de protección de niños y niñas nacidos de estos acuerdos.

Asimismo, por definición, la normativa se refiere a la existencia de una madre y un padre contratantes,<sup>22</sup> lo que excluye implícitamente a personas solteras y parejas del mismo sexo de acceder a estos acuerdos y que, por lo tanto, es discriminatoria por razón de orientación sexual y estado civil. Aunado a esta limitante, para recurrir a la gestación subrogada, el registro del nacimiento del recién nacido o nacida, mediando un acuerdo de gestación subrogada, se deberá realizar mediante la figura de la adopción plena aprobada por juez competente, en los términos de lo que establece el Código Civil de Tabasco.<sup>23</sup> Sobre la adopción plena, el código establece que para que tenga lugar esta adopción, se requiere que los adoptantes sean un hombre y una mujer casados entre sí o que vivan en concubinato.<sup>24</sup> En el caso de México, dicha limitación es violatoria del artículo 1o. constitucional, de la jurisprudencia emitida el 27 de enero de 2017 por la SCJN relativa a la vida familiar entre personas del mismo sexo,<sup>25</sup> así como de los tratados internacionales de los que México es parte.

Si bien se puede justificar el establecimiento de ciertos requisitos de acceso en aras del interés superior de los niños y niñas, así como la protección de los derechos de las mujeres gestantes, éstos deben estar justificados o basarse en una evaluación individual caso por caso. Los prejuicios de legisladores y funcionarios públicos no deben traducirse en el establecimiento de normas y políticas públicas discriminatorias.

Asimismo, la normativa actual establece ciertos requisitos que, en caso de no cumplirse, producirían la nulidad del contrato de gestación subrogada. Sin embargo, estas disposiciones son ambiguas, situación que genera inseguridad jurídica para las partes. Por ejemplo, la intervención de agencias, despachos, o terceras personas en los acuerdos,<sup>26</sup> es una causa de nulidad,

<sup>22</sup> Artículo 380 bis 3 del Código Civil de Tabasco.

<sup>23</sup> Artículo 380 bis 6. Asentamiento del recién nacido.

<sup>24</sup> Artículo 389, fracción I, del Código Civil de Tabasco.

<sup>25</sup> Tesis 1a. J.8/2017(10a.), DERECHO A LA VIDA FAMILIAR DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, 27 de enero de 2017, disponible en <http://bit.ly/2jqRVn>.

<sup>26</sup> Actualmente está pendiente que la SCJN resuelva una impugnación sobre la constitucionalidad de los artículos 380 bis, 380 bis 1, 380 bis 2, 380 bis 3, 380 bis 5, 380 bis 6 y 380 bis 7 del Código Civil del Estado de Tabasco. En su impugnación, la quejosa —persona

pero ignorar la existencia de intermediarios en la práctica puede contribuir a fomentar que actúen en la clandestinidad, sin que alguna autoridad sea capaz de controlar su funcionamiento y con esto evitar que incurran en abusos. El caso de Laura, acompañado por GIRE, es un ejemplo particularmente grave de esta situación:

LAURA: LAS CONSECUENCIAS DE UN ACUERDO INFORMAL<sup>27</sup>

En enero de 2015, Laura decidió participar en un acuerdo de gestación subrogada con Eduardo y su pareja, que vivían en San Diego, California, a través de una agencia que desapareció al poco tiempo. No firmó ningún contrato ni recibió información acerca del procedimiento médico que le realizarían. El bebé nació en octubre de 2015, con graves complicaciones de salud, por lo que se decidió trasladarlo a un hospital particular donde permaneció dos semanas. La pareja contratante afirmó que no podía hacerse responsable de un bebé enfermo, que no querían esa carga y que sólo asumirían su paternidad cuando tuvieran la certeza de que el bebé estaba fuera de peligro. Pero el niño requería de una cirugía urgente. Ante la negativa de Eduardo y su esposo para registrar al niño y hacerse cargo de la cirugía, Laura y su esposo lo registraron como su hijo, para poder darle acceso al IMSS, y firmaron la autorización para la cirugía. Eduardo y su pareja no se hicieron responsables de nada y, finalmente, desaparecieron.

La cirugía fue exitosa, pero el bebé pasó tres meses hospitalizado. Laura y su esposo afrontaron los gastos de hospitalización y decidieron integrarlo a su familia como un hijo más. Un par de años más tarde, Eduardo se comunicó con Laura, expresando su intención de participar en la vida del niño. En julio de 2017, Laura acudió a una reunión con Eduardo y su abogado, donde la

---

moral— argumentó que los artículos impugnados le impedían desarrollar su principal objeto social, consistente en la prestación de servicios de reproducción asistida, al considerar nulo todo contrato de reproducción asistida en el que “intervengan agencias, despachos o terceras personas”. Por otro lado, la quejosa consideró violado su derecho a la libertad de trabajo y de comercio porque la legislación combatida establece a las partes contratantes el requisito de ser ciudadanos mexicanos, impidiéndole también la prestación de sus servicios a personas de nacionalidad extranjera. Finalmente, también sostuvo que tal prohibición vulnera los derechos fundamentales de igualdad y no discriminación de dichas personas, al afectar el derecho de esas personas a procrear hijos con base en una distinción arbitraria basada únicamente en su nacionalidad./ La Primera Sala analizará si la legislación que regula los procesos de reproducción asistida en el estado de Tabasco da la suficiente seguridad jurídica a las partes intervinientes y si esa regulación resulta violatoria de los derechos de libertad de trabajo, igualdad y no discriminación. Comunicado de prensa 113/2018, SCJN, 26 de septiembre de 2018, <http://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/comunicado.asp?id=5758>.

<sup>27</sup> El presente caso es una actualización del caso de “Lisa”, que aparece documentado en el informe Gestación Subrogada en México: Resultados de una Mala Regulación, GIRE, 2017, con los eventos ocurridos hasta el 1o. de agosto de 2017. Laura decidió salir a los medios para dar difusión al caso y recuperar a su hijo.

presionaron para entregar al menor, amenazándola con acusarla de secuestro, robo y venta de niños si no lo hacía. Le aseguraron que sólo deseaban realizarle una prueba de ADN y que se lo devolverían esa misma tarde. Laura, atemorizada y engañada, entregó al niño, quien por su condición de salud requería medicamentos especiales.

Como no le devolvieron al niño ni le respondían las llamadas, acompañada por GIRE, Laura presentó una denuncia ante la Fiscalía Especializada para la Búsqueda de Personas Desaparecidas y activó una Alerta Amber. Desde entonces recibió amenazas por parte de Eduardo y su abogado; las autoridades de Tabasco no hicieron nada por recuperar al menor y reintegrarlo a su familia. En cambio, argumentaron que el caso no era de su competencia y mandaron a Laura a otra fiscalía, donde la remitieron nuevamente a la primera. En julio de 2017, un Tribunal Federal concedió una orden para que las autoridades realizaran, con carácter de urgente, cualquier gestión necesaria para garantizar los derechos del menor y salvaguardar su integridad física, seguridad y salud.

El 10. de septiembre un policía en Tijuana ubicó a Eduardo y al menor. Aunque el niño viajaba con un nombre distinto, fue identificado físicamente gracias a la Alerta Amber emitida. Ambos fueron puestos a disposición del Ministerio Público en Tijuana, autoridad que dispuso que el menor quedara bajo custodia en el DIF de Tijuana y posteriormente fuera enviado al DIF de Villahermosa. Entonces se supo que, antes de ser detenido, Eduardo se había presentado en el Consulado estadounidense de esa ciudad fronteriza a pedir informes sobre los requisitos para registrar al niño como ciudadano de Estados Unidos: presentó un acta de nacimiento presuntamente expedida en Tabasco, en donde el menor aparece con otro nombre y él, como su padre. Eduardo fue puesto en libertad horas después de la detención. El 23 de octubre de 2017, casi cuatro meses después de su sustracción, el niño regresó al fin con Laura y a su familia.

El caso de Laura refleja un patrón de ausencias y abusos en la práctica de la gestación subrogada en el país. Su historia es, en primer lugar, una de abuso por parte de una agencia que le retuvo los pagos que los padres intencionales le enviaban mes a mes al tiempo que obstaculizó su comunicación con ellos. Pero no bastó con eliminar a la agencia que actuaba como intermediaria para resolver el problema. De hecho, continuar con el embarazo mediante un acuerdo verbal con la pareja la dejó en una situación de mayor desprotección, en especial porque no existe ningún tipo de regulación internacional de la práctica: los padres intencionales pudieron simplemente abandonarla junto con el bebé y volver a su país sin ninguna consecuencia.

Además, la amenaza a Laura de ser denunciada por delitos tan graves como el tráfico de menores, por parte de Eduardo, se enmarca en un con-

texto real de criminalización para las mujeres en el estado que deja a quienes participan en estos acuerdos en una situación de clara vulnerabilidad. Por esto, la legislación debería reconocer y regular la existencia de estos intermediarios, y definir qué instituciones deben encargarse de su vigilancia, como ocurre en los casos de adopción en los que participan intermediarios regulados por el Estado.

## B. *Criminalización*

Quizás, el efecto más grave que ha tenido la aprobación de la nueva legislación en el estado de Tabasco ha sido fomentar un clima de persecución a las mujeres que gestan o han gestado para personas extranjeras, personas solteras o parejas del mismo sexo. Así, algunas mujeres gestantes que firmaron contratos legales en el estado, antes de la reforma de 2016, han sido amenazadas por funcionarios públicos y, en ocasiones, enfrentaron acusaciones penales por el delito de tráfico de menores.<sup>28</sup>

Asociar la gestación subrogada con el tráfico de personas e incluirla dentro del marco legal que sanciona la trata de personas conlleva a criminalizar a los involucrados —padres intencionales, intermediarios, personal de salud que interviene en los procedimientos y mujeres gestantes— que llevan a cabo acuerdos de manera libre y consentida. Además, hacer este vínculo constituye un discurso ambivalente, por un lado, victimizar a las gestantes, negando su agencia para decidir participar en este tipo de acuerdos y, al mismo tiempo, señalar y sancionarlas argumentando que su fin último es obtener una ganancia económica para gestar un embarazo y posteriormente entregar a un niño o niña a los padres de intención.<sup>29</sup>

GIRE reconoce que, en la mayoría de los casos, los contratos de gestación subrogada se firman en contextos de desigualdad económica y social entre las partes, lo cual puede afectar su capacidad para decidir participar en ellos. Pero es por eso, precisamente, que la regulación cobra relevancia. La prohibición de la gestación subrogada no es sólo una medida comúnmente basada en estereotipos de género y prejuicios acerca de la maternidad, la gestación y la capacidad de las mujeres para tomar decisiones, sino que resulta ser una medida inadecuada para proteger a las partes de los abusos más comunes. Prohibir la práctica no la hará desaparecer. En cam-

<sup>28</sup> GIRE, *Gestación Subrogada en México: Resultados de una Mala Regulación*, 2017, disponible en <http://gestacion-subrogada.gire.org.mx/#/>.

<sup>29</sup> Olavarría, María Eugenia, *La gestación para otros en México. Parentesco, tecnología y poder*, México, Gedisa-Universidad Autónoma Metropolitana, 2018, p. 283.

bio, fomentaría que se produzca en la clandestinidad, donde el Estado no puede ofrecer protecciones a las partes, vigilar las condiciones de los contratos ni asegurar que la actuación de clínicas y agencias sea acorde a la ley y a los derechos humanos.

En términos generales, la experiencia internacional muestra que prohibir la gestación subrogada, lejos de proteger a las mujeres, favorece su persecución, además de contribuir a vulnerar aún más los derechos de las niñas y niños que nacen a partir de estos acuerdos y promover la aparición de nuevos patrones de abuso. El caso de Camboya es un ejemplo claro de esto: tras las restricciones impuestas en India, Tailandia y Nepal para el acceso a extranjeros a acuerdos remunerados de este tipo, Camboya se convirtió en un nuevo destino de gestación subrogada internacional. Entonces, el Ministerio de Salud publicó una directriz que establecía la suspensión provisional de la práctica y su equiparación con el tráfico de personas. Dicha directriz, que en teoría buscaba evitar los abusos relacionados con la práctica, y en particular, la protección de las mujeres gestantes, llevó en 2017 al arresto de más de treinta mujeres gestantes que participaban en acuerdos de gestación subrogada, que fueron liberadas en diciembre de 2018 bajo la condición de que aceptaran criar a los niños surgidos de dichos acuerdos como propios.<sup>30</sup>

### C. La situación de niños y niñas

GIRE ha documentado las dificultades de padres o madres intencionales para obtener un pasaporte para sus hijos nacidos a partir de un acuerdo de gestación subrogada. La Secretaría de Relaciones Exteriores, órgano federal encargado de emitir dicho documento que permite la salida del país, en ocasiones ha obstaculizado el acceso a pasaportes, en casos de parejas de hombres, al considerar sospechoso que en las actas de nacimiento no aparezca una mujer (madre), y argumentan que su intención es proteger a los niños de delitos tales como la trata.

Entre los casos documentados y litigados por GIRE, el patrón más recurrente es la negación de actas de nacimiento por parte de la Oficina del Registro Civil de Tabasco, requisito indispensable para solicitar un pasaporte, probar la filiación y acceder a servicios tan básicos como la atención en salud. El caso de Michael, cuyo hijo fue retenido en un albergue del Sistema

---

<sup>30</sup> Lynam, Eleanor, “Cambodia releases Detained Surrogates”, *BioNews*, núm. 979, 10 de diciembre de 2018, disponible en [https://www.bionews.org.uk/page\\_140307](https://www.bionews.org.uk/page_140307).

Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia por más de un mes, es ilustrativo de este patrón:

MICHAEL Y VALERIA:<sup>31</sup> RETENCIÓN ILEGAL DE UN MENOR Y CRIMINALIZACIÓN DE UNA MUJER GESTANTE

Michael es un hombre con nacionalidad griega y estadounidense que vino a México para suscribir un acuerdo de gestación subrogada con Valeria, una mujer gestante de Tabasco. El 21 de diciembre de 2016 nació su hijo, quien tuvo que permanecer en el área de cuidados neonatales para observación ya que tuvo dificultades respiratorias al nacer. Al día siguiente, una persona que se identificó como funcionaria del DIF de Tabasco apareció en el hospital y se llevó al bebé sin dar ninguna explicación. Durante los días posteriores, tanto Michael como Valeria solicitaron sin éxito información sobre su paradero; acudieron al Hospital del Niño y a la Fiscalía del estado de Tabasco. Valeria entregó una solicitud por escrito, pidiendo que se le permitiera el acceso al albergue o centro de atención y cuidado donde se encontraba el niño, a fin de proporcionarle los cuidados necesarios por ser un recién nacido.

Al acudir a la Procuraduría Estatal de Protección de la Familia y de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes a preguntar sobre el paradero del bebé, la Procuradora la acusó de manera directa, diciendo: “conmigo no tienes que mentir, yo sé que ustedes están vendiendo niños”. El 30 de enero siguiente, GIRE presentó una demanda de amparo por desaparición del menor. Como resultado de ésta, Valeria se enteró de que existía una carpeta de investigación penal en su contra y, con el acompañamiento de GIRE, presentó un amparo para conocer si existía también una orden de aprehensión.

El 31 de enero, Michael pudo recoger a su hijo en el albergue del DIF de Villahermosa, Tabasco, más de un mes después de que se lo arrebataran. En febrero de 2016, obtuvo un acta de nacimiento y, tras realizar los trámites correspondientes para la obtención de un pasaporte, Michael y su hijo salieron del país. Valeria, por su parte, no sólo no ha recibido los pagos prometidos por parte de la agencia establecidos en el contrato, sino que continúa con una investigación penal en su contra por el delito de tráfico de menores. GIRE la acompaña jurídicamente para que esta investigación se cierre.

#### D. *Disposiciones ambiguas*

Otra cuestión preocupante de la reforma en Tabasco es que, a pesar de que contempla varias razones de nulidad de los contratos de gestación

---

<sup>31</sup> El nombre ha sido cambiado por respeto a su privacidad.

subrogada,<sup>32</sup> no establece con claridad qué implica esto en los casos en los que una mujer ya se encuentra cursando un embarazo o, incluso, cuando se descubren causas de nulidad tras el nacimiento de un menor producto de este contrato. Por ejemplo, si posterior al nacimiento se descubre que la mujer gestante había participado en más de dos ocasiones en la práctica o que la madre contratante rebasa el límite de edad —situaciones que implican nulidad de acuerdo con la legislación—, ¿qué consecuencias habría?, ¿una sanción a las partes?, ¿afectaría las condiciones de filiación del niño o niña? La falta de especificación sobre lo que implica la nulidad en estos casos es una omisión grave que puede afectar de manera particular a las mujeres gestantes, y a las niñas y niños que nazcan de estos acuerdos, dejándolos en un estado de inseguridad jurídica alarmante.

#### *E. Aspectos positivos de la reforma*

El Código Civil establece la obligación de los padres contratantes de hacerse cargo de los gastos médicos derivados del embarazo, parto y puerperio, así como contratar un seguro de gastos médicos mayores para la mujer gestante.<sup>33</sup> Esto, sin duda, es un elemento positivo que puede contribuir a proteger la vida y la salud de las mujeres gestantes, quienes, en la mayoría de los casos enfrentan servicios médicos deficientes, violencia obstétrica y violaciones a su derecho a la vida privada. Sin embargo, permitir el pago exclusivamente de gastos médicos limita la posibilidad de exigir otro tipo de gastos relacionados, como transporte, vestido y alimentación.

Además, el pago de una compensación económica es una realidad que debe reconocerse en la legislación, no sólo por reconocimiento a la voluntad de las partes y la autonomía reproductiva de las mujeres, sino atendiendo a que, de otra manera, los acuerdos probablemente se llevarían a cabo en la clandestinidad, dejando a las mujeres en una situación de vulnerabilidad mayor que la que viven en la actualidad. Al establecer prohibiciones a la gestación subrogada onerosa, las gestantes potenciales quedan desprotegidas bajo la simulación de un acuerdo altruista, que abre la posibilidad a situaciones de explotación aún más graves.

Otro aspecto positivo de la reforma fue establecer la responsabilidad, tanto de la Oficina del Registro Civil como de la Secretaría de Salud del estado de Tabasco, de registrar los acuerdos y los nacimientos por gestación

<sup>32</sup> Artículo 380 bis 4. Nulidad de contrato de gestación, Código Civil de Tabasco.

<sup>33</sup> Artículo 380 bis 7 del Código Civil de Tabasco.



subrogada en el estado. En consecuencia, podría esperarse que, a partir de la reforma en 2016, se generen cifras públicas oficiales que den cuenta de la magnitud del fenómeno de la gestación subrogada en el estado de Tabasco.

Sin embargo, en el contexto de la nueva regulación, GIRE realizó solicitudes de acceso a la información tanto a la Oficina del Registro Civil como a la Secretaría de Salud del estado. Al respecto, la primera autoridad respondió que, de enero de 2016 a diciembre de 2018, cuenta con 19 avisos notariales sobre la celebración de un contrato de gestación subrogada en el estado.<sup>34</sup> Por su parte, la Secretaría de Salud local informó que, en el mismo periodo de tiempo, se registraron 30 informes notariales;<sup>35</sup> sin embargo, ninguna de las autoridades registra información sobre nacionalidad, edad y estado civil de las partes que intervienen en los contratos.

Por último, la legislación actual contempla que, una vez acordado entre las partes y certificado por un notario público, un juez debe vigilar y aprobar el contenido del contrato. Las cláusulas previstas en los contratos de gestación subrogada son uno de los elementos más importantes para definir las condiciones en las que se llevará a cabo la práctica y asegurar un consentimiento verdaderamente informado de las partes.

De acuerdo con testimonios recabados por GIRE, algunas mujeres que firmaron acuerdos, con anterioridad a la reforma, revelan que, en la práctica, el derecho a la información no se respeta ni se garantiza. En caso de que se realice un contrato, la explicación de éste suele realizarla el mismo personal jurídico de la agencia o de la clínica, que actúa también como asesor legal de los padres intencionales.<sup>36</sup> Esto representa un conflicto de interés importante. Además, la mayoría de las mujeres gestantes no recibe una copia de su contrato, no lo conoce, ni tuvo forma de participar en definir los términos del mismo.

Algunos contratos, desde el inicio, establecen cláusulas que desconocen la capacidad de las mujeres gestantes de tomar decisiones íntimas sobre su cuerpo. Por ejemplo, estableciendo que no puedan interrumpir su embarazo, incluso cuando su vida corra peligro. Estas cláusulas son violatorias del derecho de las mujeres a decidir sobre su propio cuerpo, protegido por el artículo 4o. constitucional y los tratados internacionales de los que México es parte.

---

<sup>34</sup> Sistema infomex, folio 00320719.

<sup>35</sup> Sistema infomex, folio 00319419.

<sup>36</sup> Véase Fulda, Isabel y Tamés, Regina, "Surrogacy in Mexico", en Davies, Miranda, *Babies for Sale? Transnational Surrogacy, Human Rights and The Politics of Reproduction*, Londres, Zed Books, 2017, pp. 262-275.

En ese sentido, la participación de la autoridad judicial podría contribuir a establecer un filtro adicional que vigile tanto la legalidad como el consentimiento de las partes. GIRE solicitó al Poder Judicial del estado de Tabasco las versiones públicas y número de contratos de gestación subrogada registrados en el estado. En respuesta, la autoridad informó que se han radicado, de enero de 2016 a abril de 2018, trece expedientes relativos a juicios no contenciosos de ratificación de contrato de maternidad gestacional sustituta.<sup>37</sup> Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia del estado de Tabasco negó el acceso a la versión pública de estos expedientes al considerarlos información confidencial.<sup>38</sup>

#### V. CRITERIOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN SOBRE DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN PROCEDIMIENTOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

El 15 de febrero de 2016 la, entonces, procuradora general de la República presentó una acción de inconstitucionalidad en contra de la reforma al Código Civil de Tabasco, por considerar que algunos elementos de la misma van en contra del interés de las partes.<sup>39</sup> Dicha acción de inconstitucionalidad, a la fecha, se encuentra pendiente de resolver. La respuesta que emita la SCJN, en este caso, puede resultar determinante para establecer criterios que permitan guiar el actuar del Estado con respecto a la práctica de la gestación subrogada en México.

Aunque la SCJN sólo se ha pronunciado de manera directa en una ocasión con respecto al tema de la gestación subrogada, sí ha desarrollado diferentes criterios relacionados con la determinación de filiación que pueden tener un efecto importante tanto en términos de reproducción asistida en general, como de gestación subrogada en particular.

La SCJN ha manifestado que el derecho a la identidad no sólo consiste en la posibilidad de que el niño o niña tenga información sobre su origen genético y la identidad de sus padres, sino que de él pueden derivar el derecho a tener una nacionalidad y a que sus ascendientes satisfagan sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Por un lado, se asume que lo ideal es que quienes cumplan con estas obligaciones prestacionales sean los padres biológicos, pero insistir

<sup>37</sup> Sistema infomex, folio 00432818.

<sup>38</sup> Sistema infomex, folio 00433018.

<sup>39</sup> Gestación Subrogada en México: Resultados de una Mala Regulación, GIRE, 2017, p. 26.

en que esto sea así en todos los casos puede poner en peligro el desarrollo adecuado del niño o niña que requiere del cumplimiento inmediato y constante de dichas necesidades desde su nacimiento. Es por esto, entre otras razones, que el interés superior del menor,<sup>40</sup> y las propias normas extrajudiciales de establecimiento de paternidad y maternidad permiten en ciertos supuestos que personas distintas a los padres biológicos o genéticos asuman la paternidad de niños y niñas y, con esto, todas las obligaciones derivadas de la paternidad sin que exista tal vínculo.<sup>41</sup>

Asimismo, la Suprema Corte mexicana, a través de una ponderación de derechos y de la tutela del interés superior de la niñez, ha resuelto conflictos surgidos en casos concretos relacionados con TRHA o gestación subrogada.

En un caso resuelto en 2015, la Corte determinó que, cuando se han empleado TRHA con gametos donados,<sup>42</sup> lo primero que habrá que verificar es si el tratamiento se realizó en lo individual o en pareja y, después, si existió consentimiento de la persona que no aportó material genético, pues esto constituirá uno de los elementos para integrar la filiación de un hijo nacido en esta circunstancia. Lo anterior brinda a la autoridad los elementos para fijar las consecuencias jurídicas, tomando en cuenta que la mejor decisión será aquella que atienda al interés superior del menor, como su derecho a la identidad.

En otro caso, la Corte estableció que la filiación constituye un derecho del hijo y que debe reconocerse el derecho de la persona a lograr el estado

---

<sup>40</sup> En 2011, México incorporó el principio de interés superior de la niñez en el artículo 4o. constitucional; por su parte, la Ley General de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes dispone en el artículo 2o., párrafo segundo, que el interés superior de la niñez deberá ser considerado de manera primordial en la toma de decisiones que los involucre. Al respecto, la SCJN ha establecido que la expresión interés superior del niño implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida de los niños. Tesis 1a. CXLI/20017, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, julio de 2007, p. 265, disponible en <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/172/172003.pdf>.

<sup>41</sup> Amparo directo en revisión 908/2006, resuelto por la Primera Sala en sesión de dieciocho de abril de dos mil siete, por unanimidad de votos de los ministros Sergio A. Valls Hernández, Juan N. Silva Meza, Olga María Sánchez Cordero de García Villegas (Ponente) y José Ramón Cossío Díaz.

<sup>42</sup> Amparo directo en revisión 2766/2015, 12 de julio de 2017. Unanimidad de cuatro votos de los ministros: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien reservó su derecho a formular voto concurrente, José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho a formular voto concurrente, Jorge Mario Pardo Rebollo y Norma Lucía Piña Hernández. Ausente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Norma Lucía Piña Hernández. Secretario: Daniel Álvarez Toledo.

de familia que corresponde con su relación de sangre; sin embargo, reconoce que esta coincidencia no siempre es posible, bien por la propia realidad del supuesto de hecho o porque el ordenamiento hace prevalecer en el caso concreto otros intereses que considera jurídicamente más relevantes, como en el caso de la procreación asistida con donación de gametos.<sup>43</sup>

En noviembre de 2018, la SCJN resolvió el primer asunto directamente relacionado con un acuerdo de gestación subrogada,<sup>44</sup> debido a la negativa de la autoridad local a reconocer la relación filial entre una pareja del mismo sexo y un niño nacido a través de este acuerdo en el estado de Yucatán, en donde la práctica de la gestación subrogada permanece sin regulación, 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 estos acuerdos. En este caso, la Corte resolvió que para el reconocimiento de la relación filial es necesario evaluar la voluntad procreacional<sup>45</sup> —definida como el deseo de asumir a un hijo como propio, aunque biológicamente no lo sea— y, con esto, todas las responsabilidades derivadas de la filiación, por parte de los padres intencionales.<sup>46</sup> Así, la Corte concedió el amparo para que el niño fuera registrado como hijo de los padres intencionales, al considerar que de este modo se garantiza la vigencia del derecho del niño a tener una identidad y ser inscrito en el Registro Civil; el derecho de los padres intencionales a su vida privada y a procrear mediante TRHA, y el derecho de la mujer gestante a su vida privada y libre desarrollo de la personalidad.<sup>47</sup>

Es de relevancia que la SCJN haya resaltado que el elemento determinante para reconocer la relación filial es la voluntad procreacional de

---

<sup>43</sup> Tesis aislada 1a. CCCXXI/2014(10a.), FILIACIÓN. ALCANCES Y LÍMITES DEL PRINCIPIO DE VERDAD BIOLÓGICA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, septiembre de 2014, p. 577.

<sup>44</sup> Amparo en Revisión 553/2018, 21 de noviembre de 2018. Unanimidad de cinco votos. Ministro Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Mónica Cacho Maldonado.

<sup>45</sup> Iturburu, Mariana *et al.*, “La regulación de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en la Argentina: voluntad procreacional y consentimiento informado”, *IUS*, México, vol. 1, núm. 39, enero-junio de 2017, pp. 86-108.

<sup>46</sup> Tesis 1a. LXXVIII/2018(10a.), VOLUNTAD PROCREACIONAL. CONSTITUYE UN FACTOR DETERMINANTE EN LA FILIACIÓN DE UN NIÑO O UNA NIÑA QUE NACIÓ BAJO UN PROCEDIMIENTO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, junio de 2018.

<sup>47</sup> Comunicado de Prensa núm. 150/2018, PRIMERA SALA RECONOCE EL DERECHO DE UNA PAREJA HOMOSEXUAL A CONVERTIRSE EN PADRES POR TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA, disponible en <http://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/comunicado.asp?id=5795>.

los padres intencionales, así como el interés superior del menor, y no así el vínculo genético o biológico. Al resolver un caso de gestación subrogada en una entidad federativa en donde la práctica permanece desregulada, la SCJN subsanó, en cierta medida, el impacto que el vacío legal produce en el ejercicio de los derechos humanos.

## VI. CONCLUSIONES

Sin lugar a dudas, la gestación subrogada es un tema complejo y su importancia en las discusiones nacionales e internacionales sobre derechos reproductivos continuará. En México, la ausencia de regulación a nivel federal sobre el acceso y práctica de TRHA genera incertidumbre jurídica para las partes involucradas y abre la puerta a actos arbitrarios y discriminatorios contra quienes buscan servicios de reproducción asistida.

La discusión en torno a las cuestiones controvertidas de la gestación subrogada debe considerar la posibilidad de abusos ante contextos de desigualdad importante, documentados ampliamente tanto en México como en otras regiones del mundo. Sin embargo, el establecimiento de prohibiciones legales, ya sean de carácter civil o penal, lejos de eliminar la práctica y sus consecuencias, contribuye a situar a las partes en un estado de mayor vulnerabilidad. Ante el panorama existente, se requiere una regulación clara en la materia, que evite discriminar y vulnerar a las partes bajo el argumento de protegerlas, y que reconozca las diversas complejidades de la práctica.

En el contexto de la gestación subrogada, estas consideraciones deben llevar a un compromiso por encontrar regulaciones domésticas e internacionales que garanticen que dichos acuerdos puedan ejercerse en las mejores condiciones posibles para todas las partes. Para esto, es esencial que se escuche la voz de las personas directamente involucradas en el proceso, cuyas experiencias, motivaciones e intereses deberían dar luz a las discusiones teóricas y prácticas sobre el tema. Sin esto, se corre el riesgo de establecer protecciones basadas en intuiciones morales cuyas consecuencias negativas sean enfrentadas, precisamente, por aquellas personas cuyos derechos se buscaba garantizar.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

FULDA, Isabel, “Gestación subrogada: no abolir el debate”, *Letras Libres*, abril de 2019.

- FULDA, Isabel y TAMÉS, Regina, “Surrogacy in Mexico”, en DAVIES, Miranda, *Babies for Sale? Transnational Surrogacy, Human Rights and The Politics of Reproduction*, Londres, Zed Books, 2017.
- GONZÁLEZ SANTOS, Sandra Patricia, “From Esteriology to Reproductive Biology: The Story of the Mexican Assisted Reproduction Business”, *Reproductive, Biomedicine and Society*, vol. 2, 2016.
- HOVAV, April, “Producing Moral Palatability in the Mexican Surrogacy Market”, *Gender & Society*, vol. 33, núm. 2, abril de 2019.
- ITUBURU, Mariana *et al.*, “La regulación de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en la Argentina: voluntad procreacional y consentimiento informado”, *IUS*, México, vol. 1, núm. 39, enero-junio de 2017.
- LYAM, Eleanor, “Cambodia releases Detained Surrogates”, *BioNews*, núm. 979, 10 de diciembre de 2018, disponible en [https://www.bionews.org.uk/page\\_140307](https://www.bionews.org.uk/page_140307).
- MACKLIN, Ruth, *Surrogates and Other Mothers: the Debates over Assisted Reproduction*, Philadelphia, Temple University Press, 1994.
- OLAVARRÍA, María Eugenia, *La gestación para otros en México. Parentesco, tecnología y poder*, México, Gedisa-Universidad Autónoma Metropolitana, 2018.

### *Informes*

- Comisión Nacional del Bioética, Informe de Actividades de la Comisión Nacional de Bioética, en Torno al Marco Regulatorio de la Reproducción Humana Asistida, 2013, disponible en <http://www.conbioetica-mexico.salud.gob.mx/descargas/pdf/Informe.pdf>.
- GIRE, Omisión e Indiferencia. Derechos Reproductivos en México, 2013, disponible en <http://informe.gire.org.mx/caps/cap6.pdf>.
- GIRE, Niñas y Mujeres sin Justicia. Derechos Reproductivos en México, 2015, disponible en <https://gire.org.mx/wp-content/uploads/2016/07/INFORME-GIRE-2015.pdf>.
- GIRE, Gestación Subrogada en México: Resultados de una Mala Regulación, 2017, disponible en <http://gestacion-subrogada.gire.org.mx/#/>.
- Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, Estado Actual de la Reproducción Asistida en América Latina y el Mundo, disponible en [http://redlara.com/PDF\\_RED/Situacao\\_atual\\_REDLARA\\_no\\_mundo.pdf](http://redlara.com/PDF_RED/Situacao_atual_REDLARA_no_mundo.pdf).