

# **TESIS DOCTORAL**

**(POR COMPENDIO DE PUBLICACIONES)**

**2020**

**REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA:  
PROBLEMAS PENDIENTES EN EL CONTEXTO**

**MEXICANO**

**ROSA VERÓNICA ESPARZA PÉREZ**

**PROGRAMA DE DOCTORADO EN UNIÓN  
EUROPEA**

**Directoras:**

**Dra. Yolanda Gómez Sánchez**

Catedrática de Derecho Constitucional. Catedrática Jean Monnet,  
*ad personam*. UNED

**Dra. Cristina Elías Méndez**

Profesora Titular de Derecho Constitucional. Profesora Jean  
Monnet. UNED

**REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA:  
PROBLEMAS PENDIENTES EN EL CONTEXTO  
MEXICANO**

**Rosa Verónica ESPARZA PÉREZ**

## Agradecimientos

He tenido la fortuna de contar con la asesoría académica de la doctora Yolanda Gómez Sánchez, Catedrática de Derecho Constitucional. Catedrática Jean Monnet, *ad personam* UNED y de la doctora Cristina Elías Méndez, Profesora Titular de Derecho Constitucional. Profesora Jean Monnet UNED.

Valoro la confianza y acompañamiento durante este proceso del doctor Fernando Cano Valle, profesor titular del Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ) de la UNAM.

A mi amiga la doctora Nuria González Martín, Investigadora en el IIJ de la UNAM, por el impulso intelectual y emocional que me ha dado para concluir este proyecto.

Al doctor José Isidro González Saucedo, editor en el IIJ de la UNAM, por su valioso apoyo para la edición del primer artículo de esta tesis.

Agradezco a Luisa Fernanda Tello Moreno, gran amiga desde hace muchos años, con quien pude intercambiar ideas y opiniones que me ayudaron a definir posturas, también por su apoyo en la revisión del texto del cuarto artículo de la presente tesis.

A la doctora María de Jesús Medina Arellano, Investigadora en el IIJ de la UNAM, por su invitación a participar como ponente en tres ediciones del Diplomado en Bioética, Salud y Bioderecho, del cual es coordinadora, espacio en el que pude compartir los avances de este proyecto de investigación.

A la doctora Mercedes Albornoz, profesora investigadora de la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas por sus comentarios y sugerencias para complementar el cuarto artículo de esta tesis.

A mis papás por enseñarme que la perseverancia y el esfuerzo son el camino para lograr objetivos. A mis hermanos Ale y Jorge por su respaldo incondicional.

A Raúl por su infinito apoyo, cariño y confianza para culminar este proyecto.

Finalmente, dedico esta tesis a mi hija Sofía para que recuerde nunca dejar que los miedos e inseguridades ocupen el lugar de sus sueños. Te amo.

## Índice

- 1. INTRODUCCIÓN**
- 2. METODOLOGÍA**
  - 2.1. Titulación por compilación de publicaciones**
  - 2.2. Proceso de investigación**
- 3. CONTENIDO**
  - 3.1. Primer artículo. “La depreciación de los derechos humanos y la regulación de la reproducción humana asistida en México”**
  - 3.2. Segundo artículo: “El anclaje jurídico ante las técnicas de reproducción asistida en México”**
  - 3.3. Tercer artículo. “Regulación de la donación de gametos y embriones en las técnicas de reproducción humana asistida: ¿anónima o abierta?”**
  - 3.4. Cuarto artículo: “Voluntad procreacional: presupuesto para la filiación derivada de procedimientos de reproducción humana asistida en el contexto mexicano”**
- 4. CONCLUSIONES GENERALES**
- 5. ANEXOS**

## 1. INTRODUCCIÓN

Los avances en el campo de la reproducción humana asistida (en adelante RHA), la expansión de centros donde se realizan estos procedimientos y el elevado número de niños que han sido concebidos con ayuda de estos revela la existencia de una realidad; cada día más personas recurren a Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante TRHA) para tener hijos y por ello es necesario contar con un marco normativo que regule de manera integral su práctica.

A diferencia de los países europeos, en Latinoamérica la mayoría de los estados no cuentan con una normatividad que los regule de forma concreta. Las normas que se aplican en la generalidad de los países latinoamericanos, con relevancia para el tema, son muy dispares, y, salvo excepciones, consisten normalmente en principios generales, que se inscriben en códigos civiles, penales o en su Constitución. En América Latina solamente Argentina y Uruguay cuentan con una normatividad específica en la materia.

Por otra parte, Brasil, si bien no tiene una ley que regule de manera integral las TRHA, cuenta con un acuerdo administrativo que contiene normas éticas para el uso de TRHA, emitidas por el Consejo Federal de Medicina.<sup>1</sup> Un caso particular es el del Estado de Costa Rica, único país en el mundo en el que se prohibió expresamente, en concreto, la práctica de la fertilización *in vitro*.

---

<sup>1</sup> Resolución CFM 1.957-2010, que regula los procedimientos de reproducción asistida, pero no tiene rango de norma legal es emitida por el Consejo Federal de Medicina. Publicada el 6 de enero de 2011, modifica la resolución CFM no. 1358/92.

A finales de la década de 1980 se crearon las primeras clínicas de RHA en hospitales públicos y privados en México. De acuerdo con cifras publicadas por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (RED LARA), en el año 2012 México ocupaba el tercer lugar en Latinoamérica con el mayor número de establecimientos en donde se realizan estos procedimientos reproductivos. Hasta enero de 2019 la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (Cofepris)<sup>2</sup> tenía registro de 107 clínicas, hospitales y/o establecimientos autorizados para practicar procedimientos de RHA a nivel nacional. La primera iniciativa en la materia se presentó en el seno del Poder Legislativo en 1999, desde entonces se han presentado varias iniciativas que buscan normar la reproducción asistida; sin embargo, hasta este momento, ninguna ha sido aprobada.

En México, la emisión de la normatividad aplicable a los servicios de salud, específicamente la de reproducción asistida, es competencia federal y, con fundamento en el artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), corresponde a la Ley General de Salud establecer las bases para su regulación. El artículo 3° de dicha ley establece que el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y células es materia de salubridad general.

Por otra parte, el artículo 68 de Ley General de Salud establece que los servicios de planificación familiar comprenden, entre otros: el apoyo y fomento de la investigación en

---

<sup>2</sup> En México, por disposición de ley, los establecimientos en los que se practican procedimientos de RHA deben contar con una licencia sanitaria expedida por la Cofepris.

materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana. La planificación familiar forma parte de la salubridad general y, en términos de lo que establece la Ley General de Salud, corresponde a la Secretaría de Salud garantizar que los servicios que se presten en la materia [planificación familiar] constituyan un medio para el ejercicio del derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos.

Ahora bien, en términos del artículo 124 constitucional, las entidades federativas solamente tienen competencia para regular las consecuencias civiles y familiares que se derivan del uso de las TRHA. Las prácticas de RHA conllevan la necesidad de legislar sobre diversos aspectos de índole civil y familiar, tales como: el reconocimiento de paternidad y maternidad, filiación, datos registrales, entre otros, lo cual, sí compete regular al ámbito local.

En México algunas entidades federativas han integrado disposiciones en sus códigos civiles y familiares, cuestiones principalmente relacionadas con la filiación cuando se utilizan TRHA; sin embargo, algunos estados, con la intención de subsanar el vacío legislativo a nivel federal, han incluido aspectos que no corresponden al ámbito de su competencia, y representan una invasión a la esfera federal a la que compete regular en materia de salubridad general.

La falta de una normatividad integral que aborde los diversos aspectos de las TRHA en México provoca que su práctica se desarrolle conforme a parámetros internos de las instituciones de salud que ofrecen dichos servicios; esto genera inseguridad jurídica para todos los sujetos de intervienen: profesionales de la salud, usuarios, donantes de gametos y, en

acuerdos de gestación por sustitución, los más vulnerables suelen ser las mujeres gestantes y los niños y niñas que nacen a partir de estos acuerdos.

En el ámbito público, la mayoría de las instituciones de salud se atienden problemas de infertilidad a través de procedimientos de baja complejidad, un número reducido de instituciones cuentan con servicios de RHA de alta complejidad; sin embargo, los criterios de admisión a sus programas muchas veces vulneran derechos humanos, por tratarse de requisitos o limitaciones que implican exclusiones discriminatorias, situación que vulnera el ejercicio de diversos derechos humanos, entre ellos el derecho a la protección a la salud, a la autonomía reproductiva, a la igualdad, a la no discriminación, a fundar una familia y a beneficiarse de los avances científicos, todos derechos reconocidos en la CPEUM y en tratados internacionales que México ha ratificado.

Antes de la aparición de las TRHA solo existía la procreación por medios naturales, a través del coito; por ello, necesariamente lo biológico comprendía lo genético, ante la imposibilidad de disociarlo. Ahora, con los procedimientos de RHA, lo biológico ya no comprende forzosamente lo genético; ni lo genético, lo biológico. Actualmente el aporte puede ser exclusivamente genético, es el caso de las TRHA heterólogas, con material genético proveniente de donadores.

A medida que la cesión de células germinales se vuelve más común, se hace necesario examinar intereses que implican consideraciones éticas y jurídicas relevantes, y estos incluyen



los derechos de autonomía y privacidad de los padres de intención, el derecho a la privacidad de los donantes y el derecho de los niños y niñas a conocer su origen genético. A nivel global, este ha sido uno de los temas más debatidos al momento de legislar; es decir, si estos procedimientos deberían realizarse en secreto y anónimamente, o bien, con mayor apertura en aras de garantizar el derecho de las personas nacidas mediante estas donaciones a conocer su origen genético, sin intención de cuestionar la filiación ya determinada.

En el sector privado, debido a que en México no existe una autoridad sanitaria responsable de requerir y publicar los datos que generen los establecimientos de salud autorizados para practicar TRHA, es difícil obtener datos e información sobre la práctica y el funcionamiento de estos procedimientos. En concreto, sobre sus programas de donantes la información disponible en internet demuestra que la donación se realiza con base en contratos confidenciales entre los donantes y los centros autorizados.

Como se adelantó el uso de TRHA también demanda cambios en las normativas locales, debido a que estos avances amplían las opciones de reproducción y cuestionan las nociones tradicionales de paternidad, maternidad y, en general, de las relaciones familiares. En este tipo de procedimientos, sobre todo en los que intervienen donantes de gametos y embriones, la voluntad de querer asumir la paternidad y/o maternidad adquiere relevancia para determinar la filiación de las personas que nacen a partir de éstos.

Los rápidos y permanentes avances en el ámbito de la RHA así como la ausencia de un marco normativo que regule de manera adecuada y completa lo relativo al acceso y forma en que deben realizarse las TRHA en México, ha provocado que los conflictos suscitados tengan que ser resueltos por la vía judicial, esto con el inconveniente de que, a pesar de que se vayan estableciendo precedentes importantes en la materia, las resoluciones judiciales favorecen solo a quienes promueven la intervención y el resto de las personas continúan desprotegidas y vulnerables a que sus derechos humanos sigan violándose.

Generalmente cuando las personas, en pareja o en solitario, recurren a TRHA lo hacen para no renunciar a tener descendencia con la que estén genéticamente vinculados. Sin embargo, el elemento genético no debe ser, en todos los casos, el que determina la filiación, sino la manifestación de la voluntad para llevar adelante un proyecto parental, de manera individual o en pareja.

Esta investigación, compilada en cuatro artículos, tiene como objetivo principal señalar la necesidad de contar con un marco normativo que regule de manera integral los avances en el campo de la RHA y su práctica en los centros donde se realizan, como una forma de proteger los derechos de las partes que intervienen. El uso de TRHA también requiere profundizar sobre otras cuestiones jurídicas que involucra la RHA y que se relacionan con la cuestión filial como: quiénes deberían poder acceder a estos procedimientos; la donación de material genético y sus especificidades, el derecho a conocer los orígenes de niños y niñas nacidos mediante el uso de material genético anónimo *versus* el derecho al anonimato de los donantes; así como ahondar

sobre otros principios como el de la “voluntad procreacional”, presupuesto para determinar la filiación derivada de procedimientos de RHA.

## **2. METODOLOGÍA**

### **2.1. Titulación por compilación de publicaciones**

A partir de febrero de 2017, la tesis por compendio de publicaciones representa una opción específica para la elaboración y defensa pública de la tesis doctoral para la obtención del título de doctor o doctora.<sup>3</sup> Esta modalidad implica que la tesis estará integrada por varios trabajos científicos, cuya autoría sea del doctorando o doctoranda y haber sido publicados o aceptados para su publicación, en el periodo de tiempo comprendido entre la fecha de su primera matrícula en la Escuela Internacional de Doctorado (EIDUNED) y la de la autorización de defensa pública de la tesis doctoral.

La previsión reglamentaria desarrollada por la EIDUNED establece que el conjunto de publicaciones de la tesis doctoral podrá estar constituido por diversas opciones. La presente tesis está integrada por 4 artículos, tres ya publicados y el cuarto aceptado para su publicación, en revistas de índices de impacto previstos en los cuartiles de la relación de revistas del ámbito

---

<sup>3</sup> Titulación por compendio de publicaciones. Documento aprobado por el Comité de Dirección de la EIDUNED, en su reunión de 16 de enero de 2017, y por la Comisión de Investigación y Doctorado de la UNED, con fecha 21 de febrero de 2017.

del Programa en el que está inscrita la tesis y referenciadas en la última relación publicada por el SCOPUS.

En términos de los previsto en la previsión reglamentaria de la EIDUNED, en los cuatro artículos que integran la presente tesis consta mi afiliación a la UNED y fueron publicados con fecha posterior a la primera matrícula de tutela académica. En el artículo titulado “El anclaje jurídico ante las técnicas de reproducción asistida” soy primera firmante y adjunto el documento en el que se hace constar la aceptación de la persona que ostenta la coautoría del trabajo, así como su renuncia para presentarlo como parte de otra u otras tesis doctorales.

Por otra parte, se adjunta el documento suscrito, el 9 de diciembre de 2019, por la doctora Ma. Carmen Macías Vázquez, Directora del Boletín Mexicano de Derecho Comparado en el que se hace constar que el artículo titulado “Voluntad procreacional: presupuesto para la filiación derivada de procedimientos de reproducción humana asistida en el contexto mexicano” ha sido aceptado para su publicación en la edición número 158 del *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (e-ISSN:2448-4873), después de haber sido superado de manera exitosa el proceso de dictamen. (Anexo 5)

En el siguiente cuadro se precisa información sobre el conjunto de publicaciones de la tesis doctoral para el proceso de titulación por compendio de publicaciones.

Título artículo	Revista	Factor de impacto (SJR)	Estado
<p>“La depreciación de los derechos humanos y la regulación de la reproducción humana asistida en México”</p>	<p>Gaceta Médica de México, Órgano Oficial de la Academia Nacional de Medicina en México, volumen 153, número 5, septiembre-octubre 2017, pp. 626-632, ISSN:0016-3813, <a href="https://www.anmm.org.mx/GMM/2017/n5/GMM_153_2017_5_626-632.pdf">https://www.anmm.org.mx/GMM/2017/n5/GMM_153_2017_5_626-632.pdf</a></p> <p>DOI: 10.24875/GMM.17003159</p>	<p><b>Q3</b></p> <p><a href="https://www.scimagojr.com/journalsearch.php?q=28023&amp;tip=sid&amp;clean=0">https://www.scimagojr.com/journalsearch.php?q=28023&amp;tip=sid&amp;clean=0</a></p>	<p><b>Publicado</b></p>
<p>“El anclaje jurídico ante las técnicas de reproducción</p>	<p>Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, enero-abril 2018.</p>	<p><b>Q3</b></p> <p><a href="https://www.scimagojr.com/journalsearch.php?q=58001">https://www.scimagojr.com/journalsearch.php?q=58001</a></p>	<p><b>Publicado</b></p>

<p>asistida en México”</p>	<p>DOI: <a href="http://dx.doi.org/10.22201/ij.24484873e.2018.151.12287">http://dx.doi.org/10.22201/ij.24484873e.2018.151.12287</a></p>	<p><a href="https://www.scimagojr.com/journalsearch.php?q=28023&amp;tip=sid&amp;clean=0">72268&amp;tip=sid&amp;clean=0</a></p>	
<p>“Regulación de la donación de gametos y embriones en las técnicas de reproducción humana asistida. ¿anónima o abierta?”</p>	<p>Gaceta Médica de México, Órgano Oficial de la Academia Nacional de Medicina en México, vol. 155, núm. 1, enero-febrero 2019, pp. 3-14, <a href="http://www.gacetamedicademexico.com/frame_esp.php?id=243">http://www.gacetamedicademexico.com/frame_esp.php?id=243</a></p>	<p><b>Q3</b> <a href="https://www.scimagojr.com/journalsearch.php?q=28023&amp;tip=sid&amp;clean=0">https://www.scimagojr.com/journalsearch.php?q=28023&amp;tip=sid&amp;clean=0</a></p>	<p><b>Publicado</b></p>
<p>“Voluntad procreacional: presupuesto para la filiación derivada de procedimientos de</p>	<p>Boletín Mexicano de Derecho Comparado, edición número 158. (e-ISSN:2448-4873)</p>	<p><b>Q3</b> <a href="https://www.scimagojr.com/journalsearch.php?q=5800172268&amp;tip=sid&amp;clean=0">https://www.scimagojr.com/journalsearch.php?q=5800172268&amp;tip=sid&amp;clean=0</a></p>	<p><b>Aceptado</b></p>

reproducción humana asistida en el contexto mexicano”			
--	--	--	--

La que suscribe esta tesis, al ser estudiante matriculada en la Escuela Internacional de Doctorado con anterioridad al curso 2016-2017, período en el que la EIDUNED no había aprobado normas para la presentación de la tesis por compendio de publicaciones, optó por acogerse a las normas aprobadas por la EIDUNED, en el Comité de Dirección el 16 de enero de 2017, que establece la opción específica de titulación por compendio de publicaciones para la obtención del título de doctor o doctora.

## 2.2. Proceso de investigación

Debido a la ausencia de datos y cifras oficiales que den cuenta de la práctica de la RHA en los establecimientos públicos y privados en donde se realizan estos procedimientos en México, en términos de los que establece el artículo 6º de la CPEUM y su ley reglamentaria, la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, se incorporó el derecho al acceso

a la información como una herramienta para obtener información por parte de diversos sujetos obligados<sup>4</sup> a nivel federal y local.

Este proceso inició con un análisis de la información pública disponible en los portales de internet de los sujetos obligados identificados como responsables de generar información en el tema. A partir del análisis de la escasa información pública disponible se elaboró un primer bloque de preguntas claves para alimentar la investigación. De abril del 2016 a febrero del 2019 se enviaron, a través de la Plataforma Nacional de Transparencia<sup>5</sup>, 40 solicitudes de información, mediante las cuales se formularon 260 preguntas a diversos sujetos obligados. Se presentaron 3 recursos de impugnación en contra de dos sujetos obligados ante el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales por falta de respuesta y/o información incompleta. Este proceso de investigación requirió trabajo de seguimiento, monitoreo y sistematización de la información proporcionada por los sujetos obligados.

Aunado al análisis de la información proporcionada por diversas instancias gubernamentales –federales y locales-, recabada a través de solicitudes de información, se hizo un análisis de diferentes ordenamientos jurídicos a nivel global de manera interrelacionada y

---

<sup>4</sup> LGTAIP, artículo 23. Son sujetos obligados a transparentar y permitir el acceso a su información y proteger los datos personales que obren en su poder: cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en los ámbitos federal, de las Entidades Federativas y municipal.

<sup>5</sup> La Plataforma Nacional de Transparencia es un medio electrónico para que los particulares puedan presentar sus solicitudes de información.



con el objetivo común de advertir los diferentes análisis del tema. Se revisó también el escaso marco normativo que actualmente se aplica a estos procedimientos en el contexto mexicano a nivel federal y local.

La ausencia de un marco normativo completo y adecuado, ha provocado que conflictos generados, principalmente por estas lagunas legales, sean resueltos por la vía judicial; por ello, también se consultaron los pronunciamientos que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en México ha realizado para dirimir controversias en torno al acceso, práctica y aspectos relativos a la determinación de la filiación en caso de personas nacidas a través del uso de TRHA y en acuerdos de gestación subrogada.

También se consultaron precedentes de la Corte IDH, instancia que ha fijado su postura en algunas resoluciones sobre el concepto de familia y sobre la aplicación de las TRHA. Este contexto jurisprudencial convencional hace importantes aportes en materia de RHA para México.

Con relación al funcionamiento de los establecimientos privados que realizan procedimientos de RHA en México, debido a que ninguna autoridad sanitaria es responsable de requerir y publicar los datos que estos generen, es complejo obtener información sobre sus programas. A partir de la información obtenida vía solicitudes de información pública por la Cofepris –instancia responsable de expedir la licencia de funcionamiento de clínicas y hospitales públicos y privados que realizan TRHA en México- se hizo un rastreo de los datos

de contacto de los responsables de los establecimientos privados ubicados en toda la república mexicana y se les envió vía correo electrónico un cuestionario de 20 preguntas,<sup>6</sup> a efecto de obtener información, entre otros aspectos, sobre: tipo de procedimientos de RHA que realizan, criterios de admisión a sus programas, número de procedimientos –baja y alta complejidad- realizados en el periodo de tiempo especificado en el cuestionario, número máximo de embriones que se pueden transferir en cada ciclo, destino de embriones supernumerarios, costo de los procedimientos, eficacia de sus procedimientos, si realizan procedimientos con gametos provenientes de donantes, entre otros.

Desafortunadamente la respuesta a este cuestionario fue muy baja y por ello no fue posible realizar un diagnóstico o sacar conclusiones con la información recabada. Debido a esta falta de respuesta se hizo una consulta de la información disponible en los sitios *web*<sup>7</sup> de algunos de los establecimientos con licencia sanitaria expedida por la Cofepris,<sup>8</sup> la información recabada se utilizó para documentar un apartado del artículo titulado “Regulación de la donación de gametos y embriones en las técnicas de reproducción humana asistida. ¿anónima o abierta?”.

---

<sup>6</sup> El periodo de la información que se solicitó fue de los años 2013 a 2016.

<sup>7</sup> No todas los establecimientos, clínicas y hospitales privados tienen actualmente sitio web disponible o en ocasiones la información publicada en las páginas web es insuficiente o poco clara.

<sup>8</sup> La información que se consultó en estos sitios web se utilizó para documentar un apartado del artículo titulado “Regulación de la donación de gametos y embriones en las técnicas de reproducción humana asistida. ¿anónima o abierta?”.

Así mismo, se hizo una revisión de diferentes fuentes de información, principalmente bibliográfica, hemerográfica y jurisprudencial sobre diferentes experiencias que se observan en el derecho comparado, producción bibliográfica en el campo del derecho y la bioética en la que se discute el marco legal de las técnicas de procreación, las modificaciones jurídicas y las implicaciones bioéticas de las prácticas biomédicas. La mayor parte del material consultado, relativo al contexto mexicano, señala los vacíos existentes en la legislación mexicana y argumenta en favor de la necesidad de reglamentar sobre la materia.

### **3. CONTENIDO**

La presente investigación, compilada en cuatro artículos, pretende dar cuenta que la expansión de centros en donde se realizan TRHA es una realidad y revela la existencia de un mercado global; pese a ello, muchos países, principalmente en Latinoamérica, no tienen un marco normativo específico que regule los diversos aspectos relacionados con la RHA. Este es el caso de México en donde pese a que desde hace décadas miles de personas recurren a estos procedimientos por diversas razones: por motivos médicos, por ser parejas del mismo sexo o personas solteras, entre otros; hasta este momento, no se cuenta con una regulación que norme, a nivel nacional, los aspectos generales sobre la provisión de este tipo de servicios, como una forma de proteger los derechos de las partes que intervienen.

Debido a la ausencia de reglas claras, los responsables de las clínicas públicas y privadas operan con base en criterios propios, normas académicas o lineamientos emitidos en

consenso por expertos en la materia cuestión que, independientemente del profesionalismo y calidad en la atención médica y científica, deja a los usuarios y prestadores de salud en una situación de vulnerabilidad e incertidumbre jurídica.

El artículo 4o. de la CPEUM establece que todas las personas tienen el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. En esta disposición no se hace distinción entre reproducción consecuencia de un proceso natural o si para lograrla se puede recurrir a TRHA. Por ello, se considera que el derecho es el mismo, en ambos supuestos; sin embargo, la forma en que podrá ejercitarse es distinta. El mismo artículo 4o. constitucional, párrafo tercero, expresa: “Toda persona tiene derecho a la protección de su salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud...”. Toda vez que la infertilidad constituye un tema de salud, corresponde al Estado atenderla e implementar una política pública integral para abordarla.

Por su parte, el artículo 1º constitucional establece que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. El párrafo cuarto del artículo 1º expresa que:

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las

condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

En consecuencia, el derecho a procrear, por vía natural o mediante TRHA, no podría limitarse, por ejemplo: a personas solteras, parejas del mismo sexo, o por cualquier otra razón que, sin justificación, anule o afecte derechos y libertades.

### **3.1. Primer artículo. “La depreciación de los derechos humanos y la regulación de la reproducción humana asistida en México” (ANEXO 1)**

**RESUMEN:** La infertilidad representa un problema en el contexto de la salud reproductiva. Para tratarla se desarrollaron las TRHA; a pesar de los avances médicos, su práctica está sujeta a disfunciones médicas, legales y éticas. En México, desde finales de la década de 1980 se crearon clínicas de reproducción asistida en hospitales del sector público y privado; sin embargo, aún no cuentan con un marco legal que las regule de forma específica, lo que provoca que en ocasiones se produzcan vulneraciones de los derechos humanos que podrían evitarse con una adecuada regulación.

**ABSTRACT:** Infertility represents a problem in the context of reproductive health; to treat it were developed the techniques of assisted human reproduction, despite medical advances, the practice of techniques is subject to medical, legal and ethical dysfunctions. In Mexico, since

the late 1980s assisted reproduction clinics were set up in public and private sector hospitals; however, they do not yet have a legal framework to regulate them in a specific way, which causes human rights violations that could be avoided with adequate regulation.

## **Introducción**

El acceso a la RHA involucra el ejercicio de diversos derechos humanos, entre ellos el derecho a la protección a la salud, a la vida privada (autonomía reproductiva), a beneficiarse de los avances científicos, entre otros, todos derechos reconocidos en la CPEUM y en tratados internacionales que México ha ratificado. Este artículo tiene como objetivo dar cuenta de la forma en que se proveen los servicios de RHA en instituciones de salud pública en México, ante la ausencia de un marco regulatorio que fije los lineamientos para la prestación de este servicio.

En la mayoría de las instituciones de salud pública se atienden problemas de infertilidad a través de procedimientos de baja complejidad -primordialmente inducción de ovulación e hiperestimulación ovárica con coito programado-. Sin embargo, en muy pocas instituciones de salud pública se realizan procedimientos de baja y alta complejidad. Los requisitos de acceso a sus programas varían, pero en general contienen elementos discriminatorios que resultan preocupantes desde una perspectiva de derechos humanos.

## **Servicios de RHA en hospitales públicos**

La ausencia de un marco normativo que regule el acceso a TRHA en México limita la información disponible sobre la forma en que se proveen estos servicios en hospitales del

sector público. Por ello, a través de solicitudes de acceso a la información se obtuvieron datos sobre la forma en que operan los establecimientos públicos en los que se realizan estos procedimientos reproductivos.

Actualmente, las dependencias públicas que realizan anualmente el mayor número de procedimientos de RHA son el Instituto Nacional de Perinatología (INper) y el Centro Médico Nacional (CMN) 20 de Noviembre, del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores (ISSSTE). Ambas instituciones establecen criterios de ingreso a sus servicios de RHA, algunos de los cuales contravienen los principios de igualdad y no discriminación.

En el artículo se exponen las razones por las cuales se considera algunos de los requisitos de admisión constituyen actos discriminatorios y arbitrarios. Por ejemplo, ambas instituciones de salud establecen límite de edad –mujeres 35 años y hombres 55 años- para acceder al programa. El rechazo automático basado en la edad es discriminatorio. La norma no debe condicionar la atención imponiendo un requisito que no esté basado en resultados médicos. Es decir, la autoridad debe justificar que la exclusión del programa se debe a la condición biológica particular de la o el usuario. Por ello es que, esta condición podría interpretarse en determinados casos como una vulneración del principio de igualdad y no discriminación previsto en el artículo 1º de la CPEUM que prohíbe la discriminación por razón de edad.

Además, ambas instituciones permiten el acceso a parejas unidas en matrimonio o constituidas legalmente, criterio que viola el principio de no discriminación motivada por el estado civil de las personas, en términos de lo que establece el artículo 1º de nuestra Carta Magna y diversos tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte, en la medida en la que este criterio de admisión deja fuera a personas que desean concebir en solitario mediante TRHA.

Aunado al requisito de ser pareja constituida legalmente, el INper requiere que la pareja acredite con estudios el diagnóstico de “esterilidad”. Es frecuente que los marcos regulatorios, a nivel global, condicionen el acceso a procedimientos de RHA a la comprobación de una necesidad médica, por ejemplo: infertilidad o esterilidad, pero ¿Es conveniente limitar el acceso a estos procedimientos a la condición de infertilidad o esterilidad? La discusión puede tener dos caminos: a partir de redefinir el término infertilidad se logre que en los Estados que se condiciona el acceso a TRHA por razones médicas, ahora provean estos servicios de manera más equitativa; o bien, revisar los criterios de admisión y aún y cuando subsista la concepción actual del término infertilidad se pueda acceder a estos procedimientos de manera equitativa y sin discriminar, por ejemplo: por razones de orientación sexual y/o estado civil.

Otros criterios también resultan cuestionables, limitar el ingreso a los pacientes sin anomalías genéticas heredables por sus hijos y que la pareja no presente alguna enfermedad concomitante –aspecto que establece el CMN “20 de Noviembre”–, constituye un criterio ambiguo y podría dejar a los y las usuarias en indefensión frente a una posible decisión



arbitraria por parte de las autoridades. Por ejemplo, se refiere a ¿Solo enfermedades graves? Si fuera así entonces ¿Qué debe entenderse por enfermedad grave? ¿Quién decide y bajo qué criterios?

Además, en el CMN “20 de Noviembre” se limita el acceso a pacientes con un hijo o ninguno, situación que podría colisionar con los derechos a la vida privada y a fundar una familia. El artículo 4º de nuestra Carta Magna establece que toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

### **Consentimiento bajo información**

En otro epígrafe se hace alusión a algunos aspectos preocupantes en la forma de obtener el consentimiento bajo información de los usuarios y sobre el tipo de información que se les proporciona por parte de los responsables de realizar los procedimientos en ambas instituciones de salud. Por ejemplo: la información que se da a los usuarios sobre la eficiencia de los procedimientos que se realizan en la institución no es precisa. Toda vez que el INPer y el CMN “20 de Noviembre” no cuentan con indicadores para medir la eficiencia y calidad de sus programas, utilizan como referencia resultados obtenidos en Latinoamérica y reportados en el Registro de la RED LARA.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> El Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida es un órgano de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida que como parte de sus funciones recolecta, analiza y publica los

Sobre el particular, se considera necesario establecer los requisitos del consentimiento bajo información para proteger los derechos de los usuarios y usuarias para asegurar que se tomen decisiones de manera autónoma, libre e informada y su obtención no constituya un mero requisito formal.

---

procedimientos de reproducción asistida, que se realizan en los centros latinoamericanos afiliados a la Red

### **3.2. Segundo artículo: “El anclaje jurídico ante las técnicas de reproducción asistida en México” (ANEXO 2)**

**RESUMEN:** Desde que en 1978 naciera la primera niña concebida por fecundación *in vitro*, las tecnologías reproductivas posibilitan el nacimiento de miles de niños al año en todo el mundo. Pese a la expansión de centros en donde se realizan TRHA, aún muchos países no cuentan con un anclaje jurídico que regule adecuadamente la materia, situación que provoca que en ocasiones se produzcan vulneraciones de los derechos humanos, que podrían evitarse con una adecuada regulación.

**ABSTRACT:** Since the birth of the first child conceived by in vitro fertilization in 1978, reproductive technologies enable the birth of thousands of babies a year around the world. Despite the expansion of centers where assisted reproductive techniques carried out, yet many countries do not have a legal anchor that adjust adequately on the subject, situation that causes human rights violations that could be avoid with proper regulation.

#### **Introducción**

El presente artículo se realizó con el objetivo de profundizar sobre la situación que prevalece en torno a la provisión y regulación de los servicios de RHA en otros países, principalmente en el contexto latinoamericano.

Hasta ahora la Organización Mundial de la Salud (OMS) define infertilidad como “una enfermedad del aparato reproductor definida por la imposibilidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales sin protección regular”. La OMS ha dicho que es importante tener en cuenta que esta definición proporciona una descripción clínica de la infertilidad, pero no hace ninguna recomendación sobre la prestación de servicios de salud reproductiva.

Esta definición clínica de infertilidad se ha usado en muchos Estados como justificación para impedir el acceso a las TRHA o acuerdos de gestación subrogada a personas que desean procrear en solitario o a parejas del mismo sexo. Fernando Zegers impulsor de la definición de infertilidad que adoptó la OMS (2009) ha dicho que, básicamente, fueron dos objetivos por los que era importante que se reconociera la infertilidad como enfermedad. Primero, se incluyeran los procedimientos de RHA en las agendas de salud; segundo, por los efectos negativos que la infertilidad puede ocasionar en la salud física y psicológica de las personas.

A nivel global, el número personas que recurren a TRHA para procrear ha ido en aumento. Desde que en 1978 naciera en el Reino Unido la primera niña concebida por fertilización *in vitro*, estos procedimientos reproductivos posibilitan el nacimiento de unos 100,000 niños y niñas al año en todo el mundo. Se estima que entre un 1% y un 4% de los niños y niñas nacidas anualmente en Estados Unidos son resultado de aplicar estos tratamientos. De acuerdo con cifras publicadas por la RED LARA de 1990 a 2012, en América Latina nacieron 128,245 niños y niñas con alguna TRHA. Los países en donde se registra el

mayor número fueron: Brasil, en donde nacieron 56,674; Argentina 26,085, seguido por México que reportó el nacimiento de 17,283.

Otro estudio sobre salud reproductiva a nivel global elaborado por la Federación Internacional de Sociedades de Fertilidad (siglas en inglés IFFS)<sup>10</sup>, de forma conjunta con la OMS, reportó en América Latina 391 centros, de estos 48 ubicados en México. A pesar de que este reporte es una fuente de información que presenta una visión de la práctica de RHA a nivel global, la información que lo integra es proporcionada por individuos informados en cada país y no necesariamente refleja la realidad de la práctica en el Estado. Un ejemplo de ello es que, en México de acuerdo con este estudio en 2016 operaban 48 centros; sin embargo, de la información que se obtuvo mediante solicitud de información pública, hasta mayo 2016 la Cofepris tenía registro de 89 centros con licencia para practicar procedimientos de RHA a nivel nacional.

## **Regulación de la RHA en Latinoamérica**

En América Latina, Argentina y Uruguay cuentan con leyes para regular en materia de RHA. En Argentina, el Senado y la Cámara de Diputados de la Nación sancionaron el 5 de junio de 2013 la Ley 26.862, cuyo objeto es garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas

---

<sup>10</sup> *International Federation of Fertility Societies (IFFS) Surveillance 2016*, es un trabajo que sirve como registro con una visión general de la práctica, políticas y actividades asociadas con la tecnología de reproducción asistida a nivel mundial, disponible en: <http://www.iffs-reproduction.org/?page=Surveillance>.

médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. Cinco meses después de que el Senado argentino sancionara la Ley 286.862, el Poder Legislativo de Uruguay, mediante la Ley 19.167, reguló las TRHA acreditadas científicamente, así como los requisitos que deben cumplir las instituciones públicas y privadas que las realizan.

En Argentina la Ley 26.862 tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistidas. Esta ley nacional beneficia a cualquier persona que requiera de estos procedimientos, sin establecer como condición acreditar infertilidad, determinada edad o estado civil. Por su parte, en Uruguay la Ley 19.167 regula las TRHA científicamente acreditadas y establece los requisitos que deben cubrir las instituciones de salud públicas y privadas para realizarlas.

Por otra parte, Brasil, si bien no tiene una ley que norme de manera integral estos procedimientos cuenta con la Resolución CFM 1.957-2010, un acuerdo administrativo emitido por el Consejo Federal de Medicina que contiene normas éticas para el uso de TRHA.

En el artículo se aborda con más profundidad la situación particular de Costa Rica, único país en el mundo en el que se ha prohibido de manera expresa, en concreto, la fertilización *in vitro*, por considerar que con esta técnica se desechan embriones humanos y ello vulnera el derecho a la vida. Por este fallo de la Corte Suprema de Costa Rica,<sup>11</sup> varias parejas afectadas llevaron el caso a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; esta

---

<sup>11</sup> Sentencia 2000-02306, 15 de marzo del 2000, Sala Constitucional de Costa Rica, expediente 95-001734-007-CO.

instancia reconoció que la determinación vulneraba diversos derechos y dirigió recomendaciones a ese Estado, las cuales no fueron atendidas. Por esta inobservancia, el caso se turnó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH) que, en 2012, emitió la sentencia sobre el caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica<sup>12</sup> en la que declaró la responsabilidad del Estado y ordenó levantar la prohibición de la fertilización *in vitro* y regular la aplicación de las TRHA.

La sentencia de la Corte IDH en el caso Artavia Murillo y otros (fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica representa un avance en el reconocimiento y protección de los derechos reproductivos. Primero, al reconocer que los derechos reproductivos son derechos humanos, pues se encuentran incorporados en la obligación de respeto y garantía de los derechos a la privacidad, a formar una familia, a la libertad y la integridad personal. Segundo, fijó el alcance de la protección del derecho a la vida a la luz de la Convención Americana, determinando que la protección inicia con la implantación y no con la fertilización del embrión, que no se trata de un derecho absoluto sino gradual e incremental, de acuerdo al desarrollo de la vida y a los otros derechos involucrados, y que, a la luz de la Convención Americana, el embrión no es una persona. Tercero, estableció que la prohibición de servicios de salud reproductiva puede tener un impacto discriminatorio basado en: el género, al considerar que los derechos del embrión deben prevalecer sobre los de la mujer; la discapacidad, dada la condición de salud e

---

<sup>12</sup> Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257. [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)

infertilidad de las víctimas; y el estatus socioeconómico, debido a que las personas sin recursos para practicarse la fecundación *in vitro* en otro país quedaron imposibilitadas para acceder a tratamientos contra la infertilidad.

### **Cobertura de los procedimientos de RHA a nivel global.**

Las cifras sobre disponibilidad de servicios para tratamiento de la infertilidad son muy variadas, no sólo en América Latina sino, a nivel mundial. Con algunas excepciones, los países desarrollados han reconocido que la infertilidad es una condición médica y han incluido disposiciones dentro de las políticas nacionales de salud para cubrir procedimientos de RHA. Por otro lado, sus regulaciones limitan el acceso a algunos servicios específicos o a determinado grupo de personas, estas restricciones han propiciado un aumento en el llamado “turismo reproductivo”<sup>13</sup> porque las parejas o los individuos van a otros países para recibir lo que no pueden conseguir en su país.

Argentina es el primer país en América Latina que brinda este servicio a través de la salud pública. Previo a la sanción de la ley diferentes tribunales de ese país se pronunciaron sobre aspectos relacionados con la cobertura médica, algunos de los argumentos a favor fueron

---

<sup>13</sup> En términos generales, el “turismo reproductivo” puede definirse como el desplazamiento de un individuo o pareja desde su país de origen a otro país, para acceder a las TRHA. La expresión “turismo reproductivo” resulta, en cualquier caso, difícil de armonizar con la idea de “turismo” como viaje de placer, aunque guarda coherencia con la definición cada vez más utilizada de turismo como industria, y deviene una manifestación más del fenómeno globalizador. Lamm, Eleonora, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Universidad de Barcelona, 2013, pp. 21 y 22.



que, si el acceso a las TRHA constituye un aspecto del derecho a la salud, no puede encontrarse reservado a las personas que poseen los medios socioeconómicos para solventar este tipo de tratamientos, y resultar vedado para quienes carecen de recursos suficientes porque constituiría discriminación por razón socioeconómica.

La normatividad en Uruguay establece que el Estado debe garantizar que las TRHA queden incluidas dentro de las prestaciones del Sistema Nacional Integrado de Salud. La cobertura de las técnicas de baja complejidad es financiada por el Estado cuando la mujer no es mayor de cuarenta años. Con relación a técnicas o procedimientos de alta complejidad la normatividad establece que serán parcial o totalmente subsidiados hasta un máximo de tres intentos, a través del Fondo Nacional de Recursos.

En Colombia pese a que desde 1985 se practican TRHA no se cuenta con una normatividad que las regule de manera integral. Los tribunales de este país han sido bastantes reticentes en autorizar el acceso a la fertilización *in vitro*, a modo de cobertura, estableciendo así, el carácter excepcional de estas decisiones. Pese a los antecedentes jurisprudenciales de los tribunales, la Corte Constitucional de Colombia en 2015 emitió la sentencia T-274/15, sobre el derecho a la salud reproductiva y la fertilización *in vitro*. En este fallo la Corte ordena al Ministerio de Salud y Protección Social que inicie los estudios de impacto fiscal sobre la inclusión de los tratamientos de reproducción asistida en el Plan Obligatorio de Salud.

Existen grandes disparidades en la disponibilidad, calidad y prestación de servicios de infertilidad entre las naciones desarrolladas y en desarrollo en el mundo. Dependiendo de la política nacional de salud de un país, el costo para el consumidor puede variar de 0 a 100% del costo total. Esta situación deja desprotegido a un sector de la población que demanda este tipo de procedimientos para poder procrear y que, en muchos casos, se convierte en una barrera en términos de accesibilidad a los servicios de salud, toda vez que podrían acceder a los tratamientos quienes tengan recursos económicos para financiarlos, situación que genera una discriminación de la población desfavorecida económicamente.

Por ello, es preciso que los Estados cuenten con un marco legal adecuado que regule los avances científicos y con base en este los establecimientos de salud tanto públicos como privados dirijan su actuación con apego a derecho y se garantice un acceso justo, equitativo y con un trato digno y de calidad.

### 3.3. Tercer artículo. “Regulación de la donación de gametos y embriones en las técnicas de reproducción humana asistida: ¿anónima o abierta? (ANEXO 3)

**RESUMEN:** El uso de gametos y embriones donados en TRHA hace necesario examinar intereses que implican consideraciones éticas y jurídicas relevantes, y estos incluyen los derechos de autonomía y privacidad de los padres de intención, el derecho a la privacidad de los donantes y el derecho de los menores a conocer su origen genético.

En este artículo se exponen argumentos para considerar políticas de mayor apertura para la obtención de información de los donantes en aras de proteger el interés superior del niño y la niña a conocer sus orígenes genéticos. Concluye con la problemática en México, donde desde hace varios años se realizan TRHA con gametos donados; sin embargo, debido a la ausencia de una normatividad que regule estos procedimientos, cada establecimiento impone sus criterios para el funcionamiento de sus programas.

**ABSTRACT:** The use of donated gametes and embryos in assisted reproduction techniques (ART) makes it necessary to examine interests that involve relevant ethical and legal considerations, which include the autonomy and privacy rights of the intended parents, donors’ right to privacy and the right of the minors to know their genetic origin. This article presents arguments to consider policies of more openness to obtain information from donors in order to protect the child’s best interest in knowing his/her genetic origins. It concludes with the situation in Mexico, where ART has been carried out with donated gametes since several years

ago; however, due to the absence of regulations to control these procedures, each establishment imposes its own criteria for the operation of its programs.

## **Introducción**

El desarrollo de las TRHA y la disposición de las personas a donar sus gametos y embriones para el tratamiento de otros ha hecho posible que muchas personas puedan tener descendencia. Uno de los temas más debatidos al momento de legislar ha sido, y sigue siendo, el relativo a si las TRHA heterólogas –con gametos o embriones provenientes de donantes- deberían realizarse en secreto y anónimamente, o bien, con mayor apertura en aras de garantizar el derecho de los hijos nacidos mediante estas donaciones a conocer su origen genético, sin intención de cuestionar la filiación ya determinada.

A pesar de que, el anonimato sigue siendo la práctica más frecuente a nivel global, ha habido una transición hacia una mayor apertura respecto a la información de los donadores, entre otras razones, para garantizar el derecho a conocer la identidad genética primordialmente -aunque no exclusivamente- de los niños y niñas.

## **El derecho a conocer el origen genético**

El avance en la medicina genómica y sus implicaciones en la salud hacen que cada vez sea más importante el conocimiento del origen genético como medio para conocer la predisposición a desarrollar enfermedades potencialmente prevenibles y para impedir el riesgo de matrimonio o procreaciones con un pariente consanguíneo. El levantamiento del anonimato

en las TRHA heterólogas se apoya en la idea de que la protección del interés superior de los niños y niñas a conocer sus orígenes debe guiar el enfoque jurídico.

El Comité de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, a cargo de supervisar la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, ha declarado la conveniencia de permitir el acceso a los orígenes genéticos. En 2002, se pronunció sobre la legislación británica y, señaló preocupación por los hijos nacidos fuera de matrimonio, los hijos adoptados y los nacidos mediante fertilización médicamente asistida no tengan derecho a conocer la identidad de sus progenitores biológicos. En ese sentido, recomendó al Estado adoptar medidas para que todos los niños, independientemente de las circunstancias de su nacimiento, puedan tener, en la medida de lo posible, información sobre la identidad de sus progenitores.

### **Posiciones en el derecho comparado**

La regulación y práctica de técnicas reproductivas con donación de gametos se aborda con particularidades en los diferentes países. Se podría hacer una clasificación de la siguiente manera: legislaciones que reconocen el derecho del hijo a conocer la identidad del donante; legislaciones que prevén una política de doble vía (permite al donante acogerse a las modalidades anónima o identificable); legislaciones que protegen el anonimato del donante.

En este epígrafe del artículo no se hizo una revisión exhaustiva de las regulaciones existentes, solamente se documentó la tendencia a nivel global sobre el levantamiento del anonimato en las donaciones.

## **Situación que prevalece en México**

El artículo 3° de la Ley General de Salud establece que el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y células es materia de salubridad general. La regulación sobre el funcionamiento de los establecimientos públicos y privados donde se realizan procedimientos de RHA, así como de los centros que operan como bancos de gametos compete a la Cofepris. Sin embargo, dentro de sus funciones no se encuentra realizar un registro sobre donantes, ni tampoco requiere a las clínicas a que lo generen.

### **¿Cómo operan en México los programas de donación de gametos y embriones?**

En el sector público, el INper es la única institución que realiza procedimientos de RHA con semen proveniente de donantes -no así óvulos y embriones-, pero los gametos son provistos por bancos externos.

En el sector privado, debido a que no existe una autoridad sanitaria responsable de requerir y publicar los datos que generan los establecimientos de salud que realizan procedimientos de RHA, es difícil obtener información sobre la práctica y el funcionamiento de los programas de donantes. La información disponible en internet demuestra que la donación se realiza con base en contratos confidenciales entre los donantes y los centros autorizados. Pese a que no existe una normativa que regule la donación de gametos y embriones en México, la práctica se rige bajo las reglas de la confidencialidad y el anonimato.

## **El derecho de los niños y niñas a conocer su origen genético en la normativa nacional**

En México, el principio del interés superior de la niñez encuentra fundamento en el párrafo octavo del artículo 4° de la CPEUM, y en el artículo 3°, apartado 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño, de donde se advierte que en cualquier decisión, actuación o medida que involucre a la niñez, el Estado tiene la obligación de atender a su interés superior. La Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, establece como partes integrantes del derecho a la identidad, entre otros, conocer su filiación y su origen.

Por su parte, la SCJN sobre el derecho a la identidad de los niños, ha señalado que este se compone por el derecho a tener un nombre y los apellidos de los padres desde que nazca, a tener una nacionalidad, a conocer su filiación y origen y a tener certeza de quién es su progenitor. La Corte en México ha resuelto que el derecho a la identidad constituye un derecho de los niños y no una facultad de los padres, y si bien la tendencia es que la filiación jurídica coincida con la filiación biológica, ello no siempre es posible, ya sea por la propia realidad del supuesto hecho o porque el ordenamiento hace prevalecer otros intereses que se consideran jurídicamente más relevantes, como podría ser la filiación adoptiva y las procreaciones asistida por donación de gametos.

En ese sentido, la SCJN recientemente sostuvo que “el derecho a la identidad en su vertiente de conocimiento de los nexos biológicos de una persona está relacionado con el desarrollo adecuado de la personalidad, el derecho a la salud mental, así como con el derecho

a conocer la información médica relevante derivada de las características genéticas propias. Asimismo, ha determinado que la relación de filiación no es una consecuencia necesaria del establecimiento de la verdad biológica, por lo que puede permitirse a una persona la indagatoria respecto a sus orígenes biológicos sin que necesariamente ello conlleve un desplazamiento filiatorio”.<sup>14</sup>

### **A nivel local**

Sobre la investigación de la paternidad en procedimientos de RHA ya han regulado algunos estados, como son: Sonora y el Estado de México, con posiciones opuestas. El Código de Familia de Sonora prevé que el hijo puede solicitar, al llegar a su mayoría de edad, informes sobre el padre biológico en los mismos casos que en la adopción plena, sin reclamar ningún derecho filiatorio -no especifica qué información puede solicitar- Sin embargo, remite a las disposiciones que regulan lo relativo a la adopción plena, las cuales establecen que el adoptado al llegar a la mayoría de edad, previa autorización judicial, con los fines de conocer íntegramente su identidad o proteger su salud a través del conocimiento de posibles enfermedades hereditarias o a petición del Ministerio Público, en los casos de investigación criminal.

---

<sup>14</sup> Tesis Aislada 1ª LXIX. Rubro: Derecho a la identidad biológica. la restricción legal al cambio filiatorio no implica la prohibición de indagar la paternidad de una persona (interpretación del art. 377 del código civil para el estado de Colima). Seminario Judicial de la Federación.



Debido a la ausencia de un marco legal, los responsables de bancos y/o clínicas no están obligados a conservar la información y a realizar un registro de donantes. Esta situación puede generar que los posibles interesados se enfrenten a que la clínica no cuente con la información del donante o que incluso la clínica no siga operando, en cuyo caso, sería materialmente imposible ejercer su derecho.

Por su parte, el Código Civil del Estado de México prohíbe en los casos en que la inseminación artificial se efectúe con esperma -no prevé el supuesto de ovocitos ni embriones ni otras TRHA- proveniente de bancos o instituciones legalmente autorizadas a revelar el nombre del donante ni habrá lugar a investigación de la paternidad. ¿Qué pasaría si esta información fuera necesaria para efectos de salvaguardar la salud de la persona nacida con ayuda de material genético donado o bien para garantizar el derecho a conocer su identidad genética?

Existe otro obstáculo desde el ámbito legal para poder conocer información sobre un donante de gametos. En la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares<sup>15</sup> se establece que los datos sensibles están protegidos y que no podrán revelarse, sin consentimiento del titular. Los datos sensibles son aquellos que afectan la esfera más íntima de su titular porque revelan aspectos como: el estado de salud presente y futuro, la información

---

<sup>15</sup> Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de julio de 2010.

genética, las creencias religiosas, entre otras. En consecuencia, la información que proporcionan los donantes a los responsables de las clínicas son datos sensibles.

A pesar de que la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares establece que los principios de derecho previstos tendrán como límite, en cuanto a su observancia y ejercicio, la protección de los derechos de terceros, sería conveniente que al aprobarse la ley que regule la RHA en México, se considere como excepción el derecho de una persona -mayor o menor de edad- a obtener información del donante en aras de proteger el derecho a conocer su identidad genética.

En definitiva, debe quedar claro que la relación de filiación no es una consecuencia necesaria del establecimiento del origen genético; por lo que, si bien debe permitirse a una persona la indagatoria respecto a sus orígenes genéticos, ello no conlleva un desplazamiento filiatorio, así como obligaciones y responsabilidades parentales para las personas de quienes procede el material genético donado.

### **3.4. Cuarto artículo: “Voluntad procreacional: presupuesto para la filiación derivada de procedimientos de reproducción humana asistida en el contexto mexicano” (ANEXO 4)**

**RESUMEN:** El artículo expone la situación de la RHA en países latinoamericanos y en México; la regulación de la filiación derivada de estos procedimientos en el contexto mexicano y la importancia de la voluntad procreacional para determinar la filiación. Finalmente, destaca algunas resoluciones de la Corte IDH y de la SCJN en México, en torno al tema.

**ABSTRACT:** The article exposes the situation of assisted reproduction in Latin American countries and in Mexico; regulation of filiation derived from these procedures in the Mexican context and the importance of procreational will as a requirement for legal parentage in assisted reproduction. Finally, it highlights some resolutions on the subject of the Inter-American Court of Human Rights and the Mexican Supreme Court.

#### **Introducción**

El presente artículo se dividió en dos partes. La primera, se refiere a la situación que prevalece en los países latinoamericanos que han regulado la RHA; así como el estado de la cuestión de esta práctica y la regulación en México. La segunda parte, aborda aspectos sobre la regulación

de la filiación en casos de RHA en los códigos civiles y familiares de la república mexicana y los casos resueltos en torno al tema, por la Corte IDH y por la SCJN en México.

En México, por disposición de ley, los establecimientos en los que se practican procedimientos de RHA deben contar con una licencia sanitaria expedida por la Cofepris. Hasta enero de 2019 esa comisión tenía registro de 107 clínicas, hospitales y/o establecimientos autorizados a nivel nacional con licencia para realizar TRHA. También compete a esta comisión verificar que estos establecimientos cumplan con diversas disposiciones sanitarias. De enero de 2012 a marzo de 2019, la Cofepris realizó 47 visitas a establecimientos en los que se practican TRHA y/o funcionan como bancos de células germinales y, resultado de esas visitas, suspendió la licencia a 10 establecimientos.

Si bien, las acciones que realiza la Cofepris, para la expedición de licencias y visitas de verificación, son fundamentales para dar seguridad a los usuarios, estas resultan insuficientes. De aprobarse un marco regulatorio deberá considerarse el que estos centros informen, con cierta periodicidad a la autoridad sanitaria correspondiente, sobre su actividad, número de procedimientos realizados, tasas de éxito, número de embriones supernumerarios, y cualquier otro dato que sea necesario para evaluar su actuación, así como para contar con datos reales sobre la situación de la RHA en México.

### **Marco normativo en México**

En este artículo se hace un análisis del escaso marco normativo actualmente aplicable a estos procedimientos reproductivos en México.

La Ley General de Salud define las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud. Esta Ley regula el apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana. Por su parte, el Reglamento de la Ley General en Materia de Investigación para la Salud incluye algunos aspectos relativos a la RHA. Primero, define a la *fertilización asistida* como aquella en que la inseminación es artificial, -homóloga o heteróloga- e incluye la fertilización *in vitro*. Segundo, prevé que, para la práctica de una fertilización asistida, debe obtenerse una carta de consentimiento informado suscrito por la mujer y su cónyuge o concubinario. Este consentimiento por parte del cónyuge o concubinario, sólo podrá dispensarse en caso de incapacidad o imposibilidad fehaciente o manifiesta para proporcionarlo; porque el concubinario no se haga cargo de la mujer o, bien, cuando exista riesgo inminente para la salud o la vida de la mujer, embrión, feto o recién nacido.

Esta condición, prevista en la normativa, constituye una intromisión a la libertad de la mujer y sus derechos reproductivos sin justificación razonable, condicionando su libertad procreativa a esta autorización marital. De ningún modo este consentimiento debe entenderse como autorización a la mujer para someterse a un procedimiento de RHA. En todo caso, el consentimiento del cónyuge o concubino debe considerarse como una manifestación de la voluntad para adquirir responsabilidades parentales con el niño o niña que nacerá.

El mismo Reglamento establece que, la investigación sobre fertilización asistida sólo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad<sup>16</sup> que no se puedan resolver de otra manera. En los términos que está redactado este precepto, las personas que no acrediten tener un problema médico de fertilidad tampoco podrán acceder a los procedimientos de RHA. Esta disposición excluye a personas solteras o parejas del mismo sexo que desean tener descendencia, a través de TRHA, situación que es discriminatoria por razón de estado civil y/o preferencias sexuales.

### **Regulación de la filiación en casos de RHA y gestación subrogada en México.**

La segunda parte del artículo contiene información relativa a la filiación y determinación de la paternidad y maternidad prevista en los códigos civiles y familiares de las siguientes entidades federativas: Ciudad de México, Coahuila, Colima, Estado de México, Jalisco, Michoacán, Puebla, Querétaro, Sonora, Sinaloa, San Luis Potosí, Tabasco y Zacatecas. En este apartado no se hizo un análisis a profundidad sobre la regulación en estas entidades federativas en materia de RHA, únicamente aspectos relacionados con el reconocimiento y determinación de la filiación de los hijos nacidos mediante alguna TRHA.

---

<sup>16</sup> A pesar de que es frecuente que se utilicen los términos de esterilidad e infertilidad como sinónimos es oportuno precisar que, el primero se refiere a aquella situación en la cual una persona no consigue una gestación que llegue a término por ningún medio, tras mantener relaciones sexuales sin el uso de anticonceptivos, durante al menos un año sin éxito. Por su parte, la infertilidad es aquella situación en la que se consigue la gestación, pero no se logra llevarla a término, por un proceso concreto.

Resulta preocupante que las disposiciones contenidas en algunos de estas regulaciones desconocen la capacidad de agencia de las mujeres para tomar decisiones relacionadas con su reproducción y planificación familiar, al condicionar el acceso a estos procedimientos al consentimiento por parte de su cónyuge o concubino; es el caso de los códigos del Estado de México y de San Luis Potosí.

La determinación de la filiación que se genera a partir de acuerdos de gestación subrogada también ha sido una cuestión compleja. Hasta este momento, la gestación subrogada en México ha sido regulada únicamente en dos estados: Tabasco y Sinaloa. En el artículo no se hizo un análisis exhaustivo sobre los aspectos normados en torno a la gestación subrogada en estas entidades, únicamente sobre lo relativo a la determinación de la filiación de niños y niñas nacidos producto de TRHA y por un acuerdo de gestación subrogada.

El Código Civil de Tabasco, con relación a la forma en que se determinará la filiación de los niños y niñas nacidos por medio de la RHA, en concreto, por medio de un contrato de gestación subrogada es poco claro y contiene disposiciones contradictorias, situación que genera una colisión normativa y con ella incertidumbre jurídica para las partes, sobre todo para los niños y niñas que pueden verse afectados por la falta o demora en el reconocimiento del vínculo filial, y con ello, de los derechos y obligaciones que se generan con este.

En Sinaloa el Código Familiar prevé que la filiación puede tener lugar por consanguinidad o por adopción. La filiación consanguínea es el vínculo de parentesco que

surge de la relación genética entre dos personas, por el sólo hecho de la procreación, incluyendo la reproducción asistida consentida, con material genético de ambos padres. Es decir, en este tipo de filiación no se prevén los procedimientos de RHA con gametos provenientes de donantes. Esta disposición prevé que la filiación por consanguinidad se produce solo cuando el material genético proviene de ambos padres, sin embargo, otros artículos del mismo código establecen diversos aspectos contradictorios con este artículo. Así, el artículo 198 prevé que existe parentesco por consanguinidad, entre el hijo o hija producto de reproducción asistida entre el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora. Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo resultado de la reproducción asistida.

En contraste con estos dos Estados, Querétaro y San Luis Potosí han incluido artículos en su código 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. En el resto del país, la práctica de la gestación subrogada permanece desregulada.

### **Voluntad procreacional**

En la procreación con ayuda de avances científicos, la voluntad procreacional adquiere suma importancia en la filiación, de modo que, cuando en una misma persona no coinciden el



elemento genético, el biológico y la voluntad, se debe dar preponderancia a la voluntad. Se está frente a lo que algunos autores consideran nuevas realidades que importan una “desbiologización y/o desgenetización de la filiación”, y en cuya virtud, el concepto de filiación ganó nuevos contornos comenzándose a hablar de voluntad procreacional.<sup>17</sup> Esta manifestación de voluntad debe entenderse como la expresión de una persona que de manera libre y consentida asume las consecuencias de un acto, como sucede por ejemplo en la voluntad en casos de adopción.

### **Contexto jurisprudencial convencional**

La Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 17, párrafo segundo, 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”. Así, la Corte IDH ha fijado su postura en algunas resoluciones sobre el concepto de familia y sobre la aplicación de las TRHA. Este contexto jurisprudencial convencional hace importantes aportes en materia de RHA para México. En este artículo se hizo referencia a tres criterios jurisprudenciales, con relevancia en el tema.

---

<sup>17</sup> Lamm, Eleonora, La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 4, 2015, p. 81.

El primero, el Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile<sup>18</sup> en el que la Corte IDH asevera que “en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo ‘tradicional’ de la misma”. Y agrega, “el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”.

Segundo, en el Caso Fornerón e hija vs. Argentina<sup>19</sup> el tema central gira en torno a otro tipo filial como es el adoptivo; sin embargo, de manera general, se amplía la noción de familia y su protección a la luz del artículo 17 de la CADH. La reproducción mediante el uso de TRHA constituye otro modo de monoparentalidad originaria. La Corte IDH ha resaltado que “no hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños. La realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que ésta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas”.

Por último, la sentencia sobre el caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, este caso representa un avance en el reconocimiento y protección de los derechos reproductivos, integridad personal, libertad personal, derecho a la vida privada y

---

<sup>18</sup> Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf)

<sup>19</sup> Corte IDH. Caso Fornerón e hija vs. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012, [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_242\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf)

familiar, derecho a fundar una familia, igualdad ante la ley e igual protección de la ley, derechos reconocidos en la CADH.

En este fallo, la Corte IDH determina sobre el alcance de la protección del derecho a la vida; al decir que, la protección inicia con la implantación uterina y no con la fertilización del embrión. Establece que la prohibición de servicios de salud reproductiva puede tener un impacto discriminatorio basado en el género, al considerar que los derechos del embrión deben prevalecer sobre los de la mujer; discriminación por condición del estatus socioeconómico, debido a que las personas sin recursos para practicarse la fertilización *in vitro* en otro país, quedaron imposibilitadas para acceder a estos procedimientos en su Estado.

### **Jurisprudencia en México**

En el artículo se integró un apartado con algunos criterios adoptados principalmente por la SCJN en México para dirimir controversias en torno al acceso, práctica y aspectos relativos a la determinación de la filiación en casos de personas nacidas a través del uso de TRHA. El orden para su exposición fue cronológico.

**a) Primer caso.** Este conflicto resuelto por la SCJN tuvo como origen los siguientes hechos: por motivos de infertilidad masculina, una pareja casada recurrió, de común acuerdo, a un donante para realizar una inseminación artificial. A los cuatro años del nacimiento la

pareja se divorcia y disuelto el vínculo matrimonial, la madre demandó desconocer la paternidad de su ex esposo.<sup>20</sup>

La SCJN resolvió que cuando dentro del matrimonio se consiente recurrir a un procedimiento de RHA, uno de los factores fundamentales para determinar la filiación de los niños nacidos a través de dichas técnicas será la voluntad de los padres. Así, cuando en el ejercicio de un derecho en su dimensión de pareja, existe consentimiento de los cónyuges para someterse a una inseminación artificial heteróloga, lo que se está dirigiendo es la voluntad consensuada de ambos para ejercer su derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos, ello a pesar de que entre el cónyuge varón y el menor no existan lazos genéticos.

En este caso, la Corte empieza a desarrollar el concepto de *voluntad procreacional* y entiende por tal el deseo de asumir a un hijo como propio, aunque biológicamente no lo sea. La Corte resolvió que, en este caso, la filiación no se determina por la verdad biológica, sino por la voluntad procreacional expresada por ambos cónyuges para someterse a este procedimiento de inseminación artificial.

**b) Segundo caso.** Derecho a la vida familiar de las parejas del mismo sexo.

---

<sup>20</sup> SCJN, 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 Rebolledo y Norma Lucía Piña Hernández. Ausente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Norma Lucía Piña Hernández. Secretario: Daniel Álvarez Toledo.

Este criterio jurisprudencial establece que la vida familiar entre personas del mismo sexo no se limita a la vida en pareja, puede extenderse a la procreación y crianza de niños y niñas procreados o adoptados o parejas que utilizan los avances científicos para procrear. Esta jurisprudencia reafirma la obligación en materia de derechos humanos, de reconocer a la familia como una realidad social con múltiples formas y manifestaciones. En ese sentido, la Corte reconoce expresamente la existencia de 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>21</sup>

**c) Tercer caso.** Criterios de admisión a servicio de RHA en un hospital público.<sup>22</sup>

El caso tuvo como origen la negativa a una derechohabiente del ISSSTE para acceder al servicio de RHA que ofrece el Centro Médico Nacional “20 de Noviembre”, por no cumplir con uno de los requisitos de ingreso, en específico el relativo a la edad. La Corte, al resolver el caso, estableció que 3 de los requisitos de admisión a este programa son violatorios de derechos humanos. El primero, el límite de edad -35 años en mujeres y 55 en hombres-, es violatorio de los principios de igualdad y no discriminación, porque esa restricción no está directamente relacionada con el derecho a la salud, que incluye el acceso a los servicios de salud reproductiva. El segundo, que los solicitantes sean parejas constituidas legalmente –

---

<sup>21</sup> Tesis: 1a./J. 8/2017 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, enero de 2017, p. 127.

<sup>22</sup> Amparo en Revisión 619/2017, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=218586>

matrimonio o concubinato-, es contrario a los principios de igualdad y no discriminación, excluye a personas solteras, aunado a que, tampoco está directamente relacionado con el derecho que pretende proteger, pues el concepto de familia que contempla el artículo 4º constitucional, se refiere a la familia como realidad social.

Por último, sólo pueden ingresar al programa las parejas sin anomalías genéticas heredables a sus hijos. Sobre este criterio, la Corte señaló que las anomalías genéticas no necesariamente son heredables, por lo que sería necesario realizar estudios previos para determinar si esas enfermedades pueden o no tener repercusiones en la descendencia y con base en ellos los usuarios puedan tomar decisiones. Por ello, la SCJN concluyó que con esta medida la autoridad está limitando el derecho a la salud reproductiva.

#### **d) Cuarto caso. Reconocimiento de maternidad dual**

Este es el único caso que no fue resuelto por la SCJN, pero se consideró relevante incluir este fallo del Juez Noveno de Distrito, en Morelia, Michoacán en el que se concedió el amparo a las quejas que pretendían se les reconociera a las dos como madres de sus menores hijas, en el acta de registro de nacimiento.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> Amparo Indirecto 1151/2015, 22 de junio de 2017, Juzgado Noveno de Distrito en Morelia, Michoacán, disponible en: [http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=707/07070000181786540077069.doc\\_1&sec=Norma\\_Garc%C3%ADa\\_Cabrera&svp=1](http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=707/07070000181786540077069.doc_1&sec=Norma_Garc%C3%ADa_Cabrera&svp=1).

En el caso dos mujeres interpusieron juicio de amparo indirecto reclamando al director del Registro Civil en el Estado la negativa para registrar el nacimiento de sus menores hijas y reconocer su maternidad dual. Al momento de registrar a sus hijas, alegaron que se les tenía que reconocer a ambas como progenitoras, en virtud de que una aportó el óvulo fecundado mediante la técnica de fecundación *in vitro*, mientras que la otra ostentaba el derecho de maternidad por razón de alumbramiento. La autoridad registral fundó la negativa en que la legislación estatal no prevé la posibilidad de que figuren dos mujeres como madres en el acta del registro.

El juez que resolvió el caso analizó el asunto en tres partes. En la primera, analizó los derechos de las niñas, como son el derecho a la identidad, al nombre, a conocer su identidad biológica, a una filiación reconocida legalmente –por doble maternidad- y todos los derechos que de esa filiación deriven. En la segunda parte, el derecho de procreación de ambas mujeres, para figurar ambas como madres en el acta de nacimiento, el juez analizó sus respectivos derechos a la igualdad ante la ley, protección a la familia y libertad procreacional. En la tercera parte, analizó la inconstitucionalidad de los preceptos relativos al registro del nacimiento de las personas y la exclusión a la doble maternidad, originada por el nacimiento de hijos producto de procedimientos de RHA.

El 22 de junio de 2017 se les concedió el amparo y protección de la Justicia Federal para que la autoridad registral en el Estado, realizara lo siguiente: 1) Restituyera en el pleno goce de sus derechos a las quejas, esto es, no les aplicara las porciones normativas declaradas

inconstitucionales; 2) No se aplicara a las quejas esas porciones normativas en el futuro; es decir, no podrán utilizarlo como base para negar a las quejas beneficios o establecer cargas relacionadas con la doble maternidad pretendida; 3) El Director del Registro Civil del Estado dejara sin efectos el oficio por el cual dio respuesta negativa a la petición de las quejas para registrar la maternidad dual y en sustitución emitiera otro autorizando ese registro, a fin de garantizar el derecho a la identidad de las menores.

**e) Quinto caso. Filiación en casos de gestación subrogada**

Este es el primer asunto resuelto por la SCJN directamente relacionado con un acuerdo de gestación subrogada, debido a la negativa de la autoridad local a reconocer la relación filial entre una pareja de hombres y un niño nacido a través de este acuerdo de gestación subrogada en el estado de Yucatán, en donde la práctica de la gestación subrogada no está regulada.<sup>24</sup> Por ello, 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.

La Corte resolvió que para el reconocimiento de la relación filial es necesario evaluar la voluntad procreacional y, con ello, todas las responsabilidades derivadas de la filiación, por parte de los padres intencionales. Así, la Corte concedió el amparo para que el niño fuera

---

<sup>24</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.



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.

#### 4. CONCLUSIONES GENERALES

De la investigación realizada a través de los cuatro artículos aportados para la elaboración de la presente tesis doctoral, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

**PRIMERA.** La práctica de procedimientos de RHA en México no es reciente y la expansión de establecimientos en los que se practican revela una realidad; cada día más personas recurren a TRHA para tener hijos. Sin embargo, hasta este momento, no se cuenta con una regulación que norme los aspectos generales del acceso y provisión de estos servicios, situación que impacta de manera negativa en el ejercicio de diversos derechos humanos, entre ellos, el derecho a fundar una familia, a la protección de la salud, a la vida privada, a beneficiarse del progreso científico, entre otros.

**SEGUNDA.** Es fundamental que la normativa que se adopte se integre desde una perspectiva democrática, respetuosa de los derechos humanos y del progreso científico, de conformidad con los estándares más altos de protección a los derechos humanos reconocidos en la CPEUM y en tratados internacionales de derechos humanos ratificados por México. Además, es fundamental que la legislación respete la distribución de competencias entre la Federación y

los estados. Es decir, que la regulación de los aspectos generales de los servicios de RHA se haga a través de una reforma a la Ley General de Salud y sean los congresos locales los que prevean aspectos relativos a la filiación de los niños y niñas que nacen por medio de procedimientos de RHA o por acuerdos de gestación subrogada.

**TERCERA.** Es preciso establecer directrices para que los establecimientos de salud, tanto públicos como privados, dirijan su actuación con apego a derecho y se garantice un acceso justo, equitativo y con un trato digno y de calidad.

**CUARTA.** El destino de los recursos sanitarios y la definición de los criterios para la solución de prioridades en caso de que una demanda excesiva impida que se vean satisfechas todas las solicitudes de tratamiento, constituye sin duda un problema para la salud pública. Sin embargo, ello no exime a las instituciones para que la atención y el servicio que presten sean compatibles con los derechos humanos, y que las mismas implementen mecanismos que permitan una distribución equitativa de estos servicios.

**QUINTA.** Se considera conveniente prever la creación de un registro nacional de donantes, dependiente de la Secretaría de Salud federal, cuya función sea el registro de los donantes de gametos y embriones, con base en la información que proporcionen los responsables de los establecimientos autorizados para practicar procedimientos de RHA. Este registro único permitiría consignar los niños y niñas nacidos de cada uno de los donantes, para evitar el riesgo de endogamia entre hijos de pacientes diferentes con un donante en común; la identidad de las

parejas o mujeres receptoras y la localización original de unos y otros en el momento de la donación y de su utilización; garantizar el acceso a la información a las personas que han nacido producto de estas donaciones y a su vez consignar garantías precisas de confidencialidad de los donadores frente a personas que no acrediten un interés jurídico legítimo.

**SEXTA.** El consentimiento expresado de manera libre e informada es un presupuesto indispensable para la práctica de TRHA. Es necesario distinguir los diferentes ámbitos del consentimiento; primero, la autorización por parte de los y las usuarias para la intervención sobre su cuerpo y/o células germinales; por otra parte, la manifestación de la voluntad para asumir las obligaciones parentales que se generan a partir de estos procedimientos reproductivos, es decir la voluntad procreacional.

**SÉPTIMA.** En ese sentido, es fundamental que los códigos civiles y/ o familiares locales en México prevean la forma en que la voluntad procreacional deberá quedar asentada, a efecto de garantizar el vínculo filial que se genera y con este la prevalencia de las consecuencias legales inherentes a la filiación.

## **5. ANEXOS**

**Anexo 1.** “La depreciación de los derechos humanos y la regulación de la reproducción humana asistida en México”

# La depreciación de los derechos humanos y la regulación de la reproducción humana asistida en México

Rosa Verónica Esparza-Pérez

Doctoranda, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, España

## Resumen

*La infertilidad representa un problema en el contexto de la salud reproductiva. Para tratarla se desarrollaron las técnicas de reproducción humana asistida; a pesar de los avances médicos, su práctica está sujeta a disfunciones médicas, legales y éticas. En México, desde finales de la década de 1980 se crearon clínicas de reproducción asistida en hospitales del sector público y privado; sin embargo, aún no cuentan con un marco legal que las regule de forma específica, lo que provoca que en ocasiones se produzcan vulneraciones de los derechos humanos que podrían evitarse con una adecuada regulación. Este artículo avanza en la necesidad de dotar a México de dicha regulación como medio de garantía tanto de los derechos humanos como de los derechos de los médicos y de otros operadores de salud que participan en estas técnicas.*

**PALABRAS CLAVE:** Reproducción humana asistida. México. Derechos humanos. Consentimiento bajo información.

## Abstract

*Infertility represents a problem in the context of reproductive health; to treat it were developed the techniques of assisted human reproduction, despite medical advances, the practice of techniques is subject to medical, legal and ethical dysfunctions. In Mexico, since the late 1980s assisted reproduction clinics were set up in public and private sector hospitals; however, they do not yet have a legal framework to regulate them in a specific way, which causes human rights violations that could be avoided with adequate regulation. This article advances the need to provide Mexico with such regulation as a means of guaranteeing both human rights and the rights of physicians and other health workers involved in these techniques.*

**KEYWORDS:** Human reproductive techniques. México. Human rights. Informed consent.

## **Introducción**

La Organización Mundial de la Salud (OMS) define la infertilidad como el resultado de 2 años de exposición al riesgo de embarazo sin concebir. David Adamson, miembro de la OMS, propuso ante el Comité Internacional de Seguimiento de las Tecnologías de Reproducción Asistida modificar la definición para infertilidad. En palabras de Adamson: «La definición de infertilidad incluye los derechos de todos los individuos para tener una familia, a saber, hombres y mujeres solteras, hombres y mujeres gay. Traza una línea para dejar claro que un individuo tiene derecho a reproducirse tenga o no un compañero sexual»<sup>1</sup>.

La infertilidad representa un problema en el contexto de la salud reproductiva. Las tasas de infertilidad son variables y estudios epidemiológicos refieren que fluctúan entre el 14 y el 16%<sup>2</sup>. De ahí que en el último cuarto del siglo XX se desarrollaran las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) encaminadas a tratar la infertilidad, y a prevenir y atender enfermedades de origen genético o hereditario. A pesar de los avances médicos, la práctica de las TRHA está sujeta a contingencias médicas, legales y éticas.

### **Marco normativo de las técnicas de reproducción humana asistida en México**

En 1949, un grupo de ginecólogos, andrólogos, endocrinólogos e investigadores fundaron la Asociación Mexicana para el Estudio de la Esterilidad, con objeto de estudiar los problemas y divulgar los conocimientos sobre la esterilidad y la infertilidad. La asociación para alcanzar su objetivo propuso, entre otras medidas, la creación de clínicas especializadas de esterilidad. Algunos relevantes profesionales de la medicina formaron parte de sus mesas directivas; tal fue el caso de Alfonso Álvarez Bravo, Luis Castelazo Ayala, Francisco Durazo Quiroz, Juan Ramón Argüelles, Javier Soberón Acevedo y Javier Santos González, por mencionar algunos<sup>3</sup>. Es a finales de la década de 1980 que se crean clínicas de reproducción asistida en hospitales públicos y privados<sup>4</sup>; sin embargo, no existe en la actualidad un marco legal que las regule de forma específica.

La primera iniciativa en la materia se presentó en el seno del Poder Legislativo en 1999; aunque a la fecha ningún proyecto ha sido aprobado. Esto da una idea del grado de complejidad que presenta su regulación. En noviembre de 2016, la Cámara de

Senadores aprobó dos minutas, una que regula las TRHA y otra la gestación por sustitución, pero falta que sean votadas por la Cámara de Diputados. Sin embargo, consideramos necesario que sean revisadas, pues ambas contienen disposiciones que, de ser aprobadas, podrían generar cierta vulneración de los derechos de las personas<sup>5</sup>. Habrá que esperar a la aprobación definitiva de las mismas para hacer un análisis exhaustivo de dicha legislación.

Como se ha señalado en otras legislaciones comparadas, la complejidad y la especialización de las TRHA solo deberían abordarse por profesionales capacitados, en establecimientos que requieren infraestructura, equipo, instrumental e insumos específicos. Solo así se puede garantizar la salud de las personas y también el ejercicio responsable de los profesionales de la sanidad que participan en estos tratamientos. En México, corresponde a la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (Cofepris) regular el funcionamiento de los establecimientos públicos y privados donde se practican estos procedimientos; según datos de la Cofepris, hay a la fecha 89 centros autorizados para realizar TRHA<sup>6</sup>.

Los establecimientos públicos que tiene licencia sanitaria para realizar TRHA son el Centro Médico Nacional (CMN) 20 de Noviembre, del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores (ISSSTE); el Hospital Materno Perinatal Mónica Pretelini, que pertenece al Instituto de Salud del Estado de México; y el Instituto Mexicano de Infertilidad, en Jalisco. El Instituto Nacional de Perinatología Isidro Espinoza de los Reyes (INper) también cuenta con una unidad de reproducción asistida con licencia sanitaria, emitida por la Subsecretaría de Regulación y Fomento Sanitario de la Dirección General de Regulación de los Servicios de Salud, para funcionar como Hospital de Especialidades de Tercer Nivel del Sector Público y contar con la disposición de células germinales para la reproducción asistida<sup>7</sup>.

### **Programas de reproducción humana asistida en instituciones públicas**

En la mayoría de las instituciones de salud pública de México se atienden problemas de infertilidad a través de procedimientos de baja complejidad—inducción de ovulación e hiperestimulación ovárica con coito programado—. Por referir algunas cifras, en el Instituto Mexicano del Seguro Social mensualmente se practican entre 45 y 60 procedimientos de baja complejidad<sup>8</sup>; y en el Hospital Central Sur de Alta

Tabla 1. Criterios de admisión a los programas de reproducción asistida en el INper y el CMN 20 de Noviembre

INper	CMN 20 de Noviembre
Edad	Edad
– Mujeres: 35 años	– Mujeres: 35 años
– Hombres: 55 años	– Hombres: 55 años
Estado civil	Estado civil
– Acta de matrimonio o constancia de situación civil	– Parejas constituidas legalmente (presentar acta de matrimonio o concubinato)
Salud	Salud
– Vida sexual durante 1 año o más sin anticoncepción y sin haber logrado embarazo	– Pacientes sin anomalías genéticas heredables por sus hijos
– Contar con estudio previo de esterilidad y presentar estudios que apoyen el diagnóstico de esterilidad	– Que la pareja no presente alguna enfermedad concomitante, realizarán una consulta preconcepcional para evaluar el riesgo potencial de embarazo
– Los casos en que la pareja presente azoospermia (falta de espermatozoides) no podrán ser atendidos en el Instituto	– Pacientes con índice de masa corporal < 30; en caso de ser mayor se le enviará al programa de obesidad e infertilidad, y una vez que reduzca peso será ingresada al programa de infertilidad en la pareja
Hijos previos	Hijos previos
– No dice nada	– Con un hijo o ninguno
	En caso de cumplir con todos estos requisitos, se evalúan los factores causantes de infertilidad, y si se contraíndica la maternidad se enviará nuevamente a su unidad de adscripción.

Especialidad de Pemex<sup>9</sup>, de 2006 a 2015 se realizaron 467 tratamientos de baja complejidad. Aun cuando el Hospital de Pemex no cuenta con un programa de reproducción asistida, de existir candidatas a técnicas de alta complejidad se valorarían los casos para su envío a un prestador de servicios contratado, a través de un proceso de licitación pública (de 2006 a 2013 fueron enviadas a servicios contratados 487 pacientes).

Actualmente, las dependencias públicas que realizan anualmente el mayor número de procedimientos de reproducción asistida son el INper y el CMN 20 de Noviembre. El INper, de 2006 a 2015, realizó 2120 procedimientos de baja complejidad y 2308 de alta complejidad<sup>10</sup>. En el CMN 20 de Noviembre se efectuaron, de 2006 a 2015, 523 técnicas de baja complejidad y 1043 de alta complejidad<sup>11</sup>.

### ***Criterios de admisión a los programas de reproducción humana asistida en el INper<sup>12</sup> y el CMN 20 de Noviembre<sup>13</sup>***

Sin duda, el acceso a la reproducción humana asistida involucra el ejercicio de diversos derechos humanos, entre ellos el de la protección a la salud, a la autonomía reproductiva, a la igualdad, a la no discriminación, a fundar una familia y a beneficiarse de los avances científicos, todos derechos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en tratados internacionales que México ha ratificado.

En el ámbito internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió una sentencia del caso

*Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*<sup>14</sup>. En este proceso, la Corte consideró que la prohibición de practicar la técnica de fertilización *in vitro* (FIV) en Costa Rica constituyó una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar, a formar una familia y a la igualdad de las personas con problemas de infertilidad, en tanto el Estado les impidió el acceso a un tratamiento que les hubiera permitido superar su situación de desventaja respecto de la posibilidad de tener descendencia biológica. La Corte resolvió que Costa Rica debía adoptar medidas para dejar sin efecto esa prohibición e incluirla en sus programas de infertilidad, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación.

En la tabla 1 se exponen de forma comparativa los criterios de admisión a los programas de reproducción humana asistida que se establecen en el INper y el CMN 20 de Noviembre, para enseguida hacer observaciones sobre ellos.

Tanto el INper como el CMN 20 de Noviembre establecen como criterio de admisión tener determinada edad, lo que podría interpretarse en determinados casos como una vulneración del principio de igualdad y no discriminación previsto en el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que prohíbe la discriminación por razón de edad. En este sentido podemos referir que, recientemente, un juez de distrito declaró inconstitucional el criterio del ISSSTE que restringe la técnica de reproducción asistida a mujeres mayores de 35 años, y consideró transgredidos los derechos a la vida privada, a fundar una familia y a la salud, en lo relativo al acceso a la tecnología para ejercer tales derechos<sup>15</sup>. El juez que



resolvió el asunto consideró que, si bien el ISSSTE no puede reparar la ausencia de regulación federal en materia de salud reproductiva, el criterio de no dar este tipo de servicios a mujeres mayores de 35 años viola derechos humanos.

Sobre el mismo criterio, en 2014, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos<sup>16</sup> admitió una queja por la negativa a realizar un procedimiento de reproducción asistida a una paciente que rebasaba la edad de 35 años. La autoridad señalada como responsable fue el ISSSTE y el asunto fue concluido como solucionado durante el proceso de su tramitación, toda vez que la autoridad autorizó que se hiciera el tratamiento que requería la quejosa.

Por otra parte, respecto al criterio de que las personas, para ser admitidas, deban estar unidas en matrimonio o ser una pareja constituida legalmente, viola el principio de no discriminación motivada por el estado civil de las personas, en términos de lo que establece el artículo 1º de nuestra Carta Magna y diversos tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte, en la medida en la que este criterio de admisión deja fuera a personas que desean concebir en solitario, y a parejas del mismo sexo, mediante las técnicas de reproducción asistida. Podría pensarse que las parejas del mismo sexo que acreditaran su estado civil con acta de matrimonio<sup>17</sup> deberían ser admitidas en sus programas de reproducción asistida, pero ambas instituciones requieren además que la pareja sea infértil, criterio que no podría cumplir una pareja homosexual.

Mary Warnock señala, sobre el caso de homosexuales que piden asistencia para la reproducción, que si bien no hay ley positiva que otorgue a la gente el derecho a tener hijos, tampoco hay una ley que prohíba a los homosexuales tenerlos, y agrega que si son automáticamente rechazados de las clínicas de fertilidad, aun así procederán por su cuenta. Y este es un camino que hará inevitable que esta práctica quede envuelta en el secreto y a su vez garantizará que los juicios sobre su moralidad o anormalidad continúen basándose en la ignorancia<sup>18</sup>.

En México, el 30 de enero de 2017 entró en vigor la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la vida familiar entre parejas del mismo sexo, que considera el derecho que tienen las personas del mismo sexo a utilizar los medios derivados de los avances científicos para tener hijos. El criterio de la Corte, basado en las consideraciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la similitud entre las parejas homosexuales y

heterosexuales en cuanto a su capacidad para desarrollar una vida familiar, se plasma en el siguiente párrafo: «La Primera Sala entiende 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>19</sup>.

A pesar de que el criterio de la Corte no se refiere a las personas solteras, sino que alude a parejas, sin duda será importante para promover el acceso igualitario a procedimientos de reproducción asistida en México.

Otro caso en el que una pareja no estéril podría solicitar un tratamiento de reproducción asistida y que, atendiendo a los criterios que actualmente utilizan tanto el INPer como el CMN 20 de Noviembre no podría ser admitida, es el que refiere la misma autora Mary Warnock<sup>20</sup>, cuando cualquier niño que vayan a tener juntos cuenta con un alto porcentaje de riesgo de padecer una seria enfermedad hereditaria. Podrían seleccionarse los embriones que no estén afectados por la enfermedad para ser transferidos en el útero de la mujer. En este caso, la pareja no podría ingresar al programa de infertilidad al no contar con un diagnóstico de esterilidad, pero tampoco cumpliría con el criterio de ser «pacientes sin anomalías genéticas heredables por sus hijos» que se establece en el CMN 20 de Noviembre.

Con relación a limitar el ingreso a los pacientes sin anomalías genéticas heredables por sus hijos y que la pareja no presente alguna enfermedad concomitante—aspecto que establece el CMN 20 de Noviembre—, si bien es importante considerar que la naturaleza jurídica de los derechos reproductivos tiene que conformarse mediante un equilibrio entre la libertad y la responsabilidad, sin duda el límite claro para los mismos son los derechos y las necesidades de los hijos nacidos y futuros, así como el bien común<sup>21</sup>. No obstante, este criterio resulta ambiguo y podría dejar a los pacientes en indefensión frente a una posible decisión arbitraria por parte de las autoridades. Por ejemplo, ¿qué tipo de enfermedades genéticas y concomitantes?, ¿enfermedades hereditarias graves de posible aparición tardía o de aparición precoz, multifactoriales o de expresión fenotípica variable? Un ejemplo sería la neurofibromatosis, enfermedad de expresión fenotípica variable caracterizada por

anomalías del desarrollo de músculos, huesos y vísceras. No es dominante el padecimiento de la enfermedad por la descendencia, y en el supuesto de desarrollar su sintomatología podrá ser grave o no, dependiendo también de factores multifactoriales que influirán a lo largo de su vida<sup>22</sup>. Y si se tratara de una enfermedad genética no grave y susceptible de tratamiento curativo posnatal, ¿también estaría justificado negar el acceso? Si fuera alguna enfermedad hereditaria ligada al sexo del bebé, ¿se ofrecería a las parejas realizar diagnóstico genético preimplantatorio para la detección de alteraciones específicas, genéticas, estructurales o cromosómicas, y seleccionar el sexo para evitar la transmisión de la enfermedad a la descendencia o bien recurrir a la donación de gametos o embriones? Por ejemplo, la retinosis pigmentaria, enfermedad que podría transmitirse a la descendencia con una probabilidad del 100% en el caso de que sus hijos fueran del sexo masculino<sup>23</sup>.

Desde el punto de vista médico, ¿en qué casos se podría hablar realmente de la existencia de una enfermedad grave que justifique negar el acceso al servicio de reproducción asistida? ¿Y qué debe entenderse por enfermedad grave? ¿Quién decide cuáles son esas enfermedades y bajo qué criterios? Estos aspectos son importantes para una justificación moral y jurídica que posibilite negar el acceso a cualquier TRHA o al diagnóstico genético preimplantatorio<sup>24</sup>.

Por último, en el CMN 20 de Noviembre se limita el acceso a pacientes con un hijo o ninguno, situación que podría colisionar con los derechos a la vida privada y a fundar una familia. El artículo 4º de nuestra Carta Magna establece que toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el esparcimiento de sus hijos. El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho «a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos, y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos».

A modo de conclusión de este apartado podemos decir que ante la falta de una normatividad específica que regule los aspectos de la reproducción humana asistida en México se promueve que las instituciones de salud pública y privada operen conforme a criterios internos, situación que provoca inseguridad jurídica tanto del personal médico como de los pacientes.

Ingrid Brena<sup>25</sup> señala al respecto que «resulta necesario insistir en que no solo las legislaciones, sino también cualquier toma de decisiones—tanto administrativas como judiciales—, deben fundamentarse en información científica que permita la construcción de una convivencia respetuosa dirigida hacia un objetivo primordial: el respeto a los derechos humanos involucrados con los derechos reproductivos».

## Consentimiento bajo información

Cano Valle<sup>26</sup> define el consentimiento bajo información (CBI) como «un proceso mediante el cual se garantiza por escrito, después de haber recibido y comprendido toda la información necesaria y pertinente, el paciente ha expresado voluntariamente su intención de participar en cualquier investigación, o su autorización para que sobre él se efectúen procedimientos diagnósticos, tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas de cualquier tipo, que suponen molestias, riesgos o inconvenientes que previsiblemente pueden afectar su salud o su dignidad, así como las alternativas posibles, derechos, obligaciones y responsabilidades».

La carta del CBI, de acuerdo con la Norma Oficial Mexicana NOM-004-SSA3-2012 (del expediente clínico)<sup>27</sup>, se define como el documento escrito, signado por el paciente o su representante legal o familiar más cercano en vínculo, mediante el cual se acepta un procedimiento médico o quirúrgico con fines diagnósticos, terapéuticos, rehabilitatorios, paliativos o de investigación, una vez que se ha recibido información de los riesgos y beneficios esperados para el paciente.

## Consentimiento bajo información en el INper y el CMN 20 de Noviembre

En este apartado referiremos algunos aspectos de los escritos de CBI sobre FIV y transferencia embrionaria (TE) que se utilizan en el INper y el CMN 20 de Noviembre. Con relación a la obtención del CBI para pacientes foráneas del CMN 20 de Noviembre, llama la atención que el formato de consentimiento se les hace llegar a los usuarios vía fax, quienes lo deberán entregar firmado en el momento que sean citados para la apertura del expediente<sup>28</sup>. Al respecto, la NOM-004-SSA3-2012 (del expediente clínico) establece que, previo a la firma del documento, el paciente deberá recibir información sobre los riesgos y beneficios del procedimiento que se va a realizar. En

este caso, no se advierte que el médico tratante brinde, a los pacientes foráneos, orientación suficiente con antelación a la firma del documento de consentimiento.

Para obtener el CBI será necesario que la información se proporcione en forma oral y personal; solo así se pueden conocer las necesidades de los usuarios y en consecuencia brindarles, de manera comprensible, asesoramiento suficiente sobre los distintos aspectos e implicaciones posibles, así como sobre los resultados y los riesgos que los procedimientos conllevan. En todos los casos, la obtención del consentimiento deberá ser un proceso continuo entre el personal de salud y el usuario que, en algunos supuestos, deberá consolidarse en un documento<sup>29</sup>.

Otro aspecto importante es la información que se proporciona a las pacientes con relación al número de embriones a transferir en cada ciclo de reproducción asistida. Sobre esto es fundamental que el equipo médico comunique a la paciente acerca del número máximo de embriones que se le pueden transferir por ciclo, para mejorar las posibilidades de embarazo, sin poner en riesgo su salud ni incrementar las posibilidades de un embarazo múltiple. Sin embargo, en el formato de CBI que utiliza el INper no se advierte a la usuaria sobre el número de embriones que se le transferirán, aspecto que debería consultársele a fin de garantizar su derecho a decidir. Asimismo, en el CMN 20 de Noviembre, en el formato de CBI se especifica que el número de embriones a transferir será decisión del equipo médico a cargo, siempre buscando un equilibrio entre probabilidad de embarazo y minimizar los riesgos de embarazo múltiple.

Sin duda, es necesario establecer un límite de embriones a transferir; sin embargo, la decisión final, sin rebasar el máximo de embriones sugerido por el personal médico, compete a la paciente. Lo anterior, debido a que los valores u objetivos de las personas varían, y la mejor elección no siempre es la que prioriza a la salud, sino la que prioriza el máximo bienestar de acuerdo con los valores u objetivos de cada persona. Por lo tanto, no es ya el médico el único que decide la mejor alternativa<sup>30</sup>; la labor del equipo médico debiera ser la de proporcionar la información que requieran los pacientes, y en el caso de existir un dilema bioético, consultar a su comité interdisciplinario para conocer las alternativas o sugerencias dirigidas a la toma de decisiones.

Ahora bien, con relación al consentimiento para el destino de embriones supernumerarios de TRHA, el asunto es complejo, pese a que teóricamente estos

embriones pudieran tener tres destinos: la criopreservación (para uso propio), el descarte o la donación (con fines asistenciales o clínicos, fines de investigación o fines docentes)<sup>31</sup>. En México, al no haber normatividad que regule sobre la utilización de embriones supernumerarios, tanto en el INper como en el CMN 20 de Noviembre, el único destino final que en este momento se puede dar a los embriones criopreservados supernumerarios es para fines reproductivos de uso exclusivo de la pareja<sup>32</sup>. Pero en el caso de que decidan no disponer de ellos para su propia reproducción, dichos embriones quedarían congelados por tiempo indeterminado<sup>33</sup>. Así, desde 2006 hasta la fecha, el laboratorio de reproducción asistida del CMN 20 de Noviembre tiene bajo su resguardo 397 embriones supernumerarios criopreservados; por su parte, el INper, de 2010 a 2016, mantiene en criopreservación 657 embriones<sup>34,35</sup>.

Por último, respecto a la información que se proporciona a los pacientes en el formato de CBI sobre la eficiencia del procedimiento de FIV/TE, tanto el INper como el CMN 20 de Noviembre utilizan como referencia resultados obtenidos en Latinoamérica y reportados en el Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida<sup>36,37</sup>.

Sobre la eficiencia de TRHA, en el mismo formato de consentimiento se informa a los pacientes de que esta se mide por la proporción (tasa) de mujeres que logran un embarazo luego de haber transferido embriones al útero. Considerando que la tasa (proporción) de abortos espontáneos es de aproximadamente un 15-25%, la medida más real de evaluar la eficiencia es midiendo la tasa de partos o de nacidos vivos<sup>38,39</sup>. En este momento, el INper y el CMN 20 de Noviembre no cuentan con estimaciones realistas de éxito en sus programas de reproducción asistida, debido a que un alto porcentaje de las pacientes que logran el embarazo con TRHA no continúan el seguimiento obstétrico en esas instituciones. Al efecto de subsanar este aspecto, el INper pretende implementar el uso del expediente clínico electrónico para realizar el seguimiento de las pacientes<sup>40</sup>. Por su parte, el Servicio de Reproducción Humana, en colaboración con el Servicio de Planeación del CMN 20 de Noviembre, trabaja en la elaboración de indicadores para medir la eficiencia y la calidad del servicio<sup>41</sup>.

## Conclusión

De lo referido con anterioridad se advierte la urgente necesidad de que los órganos legislativos en



México desarrollen una regulación integral en materia de reproducción humana asistida que sea respetuosa de los derechos humanos, garantice y proteja la actividad de los profesionales de la salud, y propicie el avance de la ciencia.

Es preciso establecer directrices para que los establecimientos de salud, tanto públicos como privados, dirijan su actuación con apego a derecho y se garantice un acceso justo, equitativo y con un trato digno y de calidad.

El destino de los recursos sanitarios y la definición de los criterios para la solución de prioridades en caso de que una demanda excesiva impida que se vean satisfechas todas las solicitudes de tratamiento, constituye sin duda un problema para la salud pública. Sin embargo, ello no exime a las instituciones para que la atención y el servicio que presten sean compatibles con los derechos humanos, y que las mismas implementen mecanismos que permitan una distribución equitativa de estos servicios.

Por otra parte, es necesario establecer los requisitos del CBI en materia de reproducción asistida para proteger el derecho de los usuarios, asegurar que tomen decisiones de manera autónoma, libre e informada, y su obtención no constituya un mero requisito formal.

Por último, es fundamental la intervención de los Comités Hospitalarios de Bioética y de los Comités de Ética para lograr el consenso en la toma de decisiones, basado en el reconocimiento de la dignidad de los individuos, en la autonomía de los pacientes y en la protección del interés superior del menor.

## Bibliografía

1. Bodkin H. Single man will get the right to start a family under new definition of infertility. *The Telegraph*, 20 de octubre de 2016. (Consultado el 29 de octubre de 2016.) Disponible en: <http://www.telegraph.co.uk/news/2016/10/19/single-men-will-get-the-right-to-start-a-family-under-new-defini>
2. Diagnóstico de la pareja infértil y tratamiento con técnicas de baja complejidad. México: Instituto Mexicano del Seguro Social; 2013. p. 8.
3. Septién González JM. Historia de la ginecología y la obstetricia en México. México: Editorial Ciencia y Cultura de México; 1986. p. 662-5.
4. Cardaci D, Sánchez Bringas A. "Hasta que lo alcancemos..." Producción académica sobre la reproducción asistida en publicaciones mexicanas. *Alteridades*. 2009;19:24.
5. Palacios C. Una ley que prohíbe embarazos y trasplantes. *Animal Político* [México], 14 de diciembre de 2016. (Consultado el 16 de diciembre de 2016.) Disponible en: [animalpolitico.com/blogueros-una-vida-examinada-reflexiones-bioeticas/2016/12/14/una-propuesta-ley-prohibe-embarazos-trasplantes](http://animalpolitico.com/blogueros-una-vida-examinada-reflexiones-bioeticas/2016/12/14/una-propuesta-ley-prohibe-embarazos-trasplantes)
6. Sistema de Acceso a la Información Pública: Infomex, folio 1215100132716.
7. *Ibidem*, folio 1225000012416.
8. *Ibidem*, folio 0064102296416.
9. *Ibidem*, folio 1857200288816.
10. *Ibidem*, folio 1225000004816.
11. *Ibidem*, folio 0063700517416.
12. Detección y tratamiento integral de la pareja con problemas de infertilidad. Requisitos para obtener el servicio, criterios de aceptación y documentación requerida por trabajo social. Información publicada en el sitio web del INPer. (Consultado el 4 de octubre de 2016.) Disponible en: <http://www.inper.mx/TramitesRequisitos/ProblemasInfertilidad.html>
13. Sistema de Acceso a la Información Pública: Infomex, folio 0063700116616.
14. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y otros ("Fertilización in vitro") vs Costa Rica, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones y Costas, 28 de noviembre de 2012. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)
15. Langer A. Limitar la reproducción asistida va contra los derechos humanos. *El Economista* [México], 17 de agosto de 2016. (Consultado el 16 de noviembre de 2016.) Disponible en: <http://eleconomista.com.mx/entrenamiento/2016/08/17/limitar-reproduccion-asistida-va-contra-derechos-humanos>
16. Sistema de Acceso a la Información Pública: Infomex, folio: 3510000009316.
17. Recomendación General No. 23/2015 sobre el Matrimonio Igualitario. (Consultado el 15 de octubre de 2016.) Disponible en: [http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/generales/RecGral\\_023.pdf](http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/generales/RecGral_023.pdf)
18. Warnock M. Fabricando bebés. ¿Existe un derecho a tener hijos? España: Gedisa; 2004. p. 71, 84.
19. Tesis: 1º/J. 8/2017 (10º), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, enero de 2017, registro 201353.
20. Warnock M. Op. cit. p. 68.
21. Abellán F. Selección genética de embriones. España: Comares; 2007. p. 147.
22. *Ibidem*, p. 114-120.
23. *Ibidem*, p. 125.
24. *Ibidem*, p. 186.
25. Brena Sesma I. La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) contra Costa Rica. Un avance en el pensamiento laico en Latinoamérica. En: Carbonell Sánchez M, Fix-Fierro HF, Valadés D, coordinadores. Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudio homenaje a Jorge Carpizo. *Derechos Humanos*. Tomo V, vol. 1. México: UNAM; 2015. p. 196-7.
26. Cano Valle F. Bioética. Temas humanísticos y jurídicos. México: UNAM; 2005. p. 25.
27. Norma Oficial Mexicana NOM-004-SSA3-2012, del expediente clínico. *Diario Oficial de la Federación* del 15 de octubre de 2012.
28. Sistema de Acceso a la Información Pública: Infomex, folio: 0063700116616.
29. Guía Nacional para la Integración y el Funcionamiento de los Comités Hospitalarios de Bioética. Secretaría de Salud; 2015. Disponible en: [http://www.conbioe-ca-mexico.salud.gob.mx/descargas/pdf/registrocomites/Guia\\_CHB\\_Final\\_Paginada\\_con\\_forros.pdf](http://www.conbioe-ca-mexico.salud.gob.mx/descargas/pdf/registrocomites/Guia_CHB_Final_Paginada_con_forros.pdf)
30. *Ibidem*, p. 48.
31. Álvarez-Díaz JA. Donación de embriones en países desarrollados. *Gac Med Mex*. 2010;146:229.
32. Sistema de Acceso a la Información Pública: Infomex, folio: 1225000000617.
33. *Ibidem*, folio: 0063700028817.
34. *Idem*.
35. *Ibidem*, folio: 1225000000617.
36. *Ibidem*, folio: 1225000004816.
37. *Ibidem*, folio: 0063700116616.
38. *Idem*.
39. *Ibidem*, folio: 1225000004816.
40. *Idem*.
41. *Ibidem*, folio: 0063700517416.

**Anexo 2.** “El anclaje jurídico ante las técnicas de reproducción asistida en México”

# EL ANCLAJE JURÍDICO ANTE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA\*

## *THE LEGAL ANCHORING TO THE TECHNIQUES OF ASSISTED REPRODUCTION*

Rosa Verónica ESPARZA PÉREZ\*\*

Fernando CANO VALLE\*\*\*

**RESUMEN:** La infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo determinada como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de doce meses o más de relaciones sexuales no protegidas. Médicamente, la infertilidad, en la mayoría de los casos, se considera una condición crónica, que cumple con el rol biosicológico, social y legal de la discapacidad. Desde que en 1978 naciera la primera niña concebida por fecundación *in vitro*, las tecnologías reproductivas posibilitan el nacimiento de miles de niños al año en todo el mundo. Pese a la expansión de centros en donde se realizan técnicas de reproducción asistida, aún muchos países no cuentan con un anclaje jurídico que regule adecuadamente la materia, situación que provoca que en ocasiones se produzcan vulneraciones de los derechos humanos, que podrían evitarse con una adecuada regulación.

**Palabras clave:** Infertilidad, discapacidad, derechos sexuales y reproductivos, técnicas de reproducción asistida.

**ABSTRACT:** *Infertility is a disease of the reproductive system determined as the inability to achieve a clinical pregnancy after 12 months or more of unprotected sex. Medically, infertility, in most cases, considered a chronic condition that meets the biosiological, social and legal role of disability. Since the birth of the first child conceived by in vitro fertilization in 1978, reproductive technologies enable the birth of thousands of babies a year around the world. Despite the expansion of centers where assisted reproductive techniques carried out, yet many countries do not have a legal anchor that adjust adequately on the subject, situation that causes human rights violations that could be avoid with proper regulation.*

**Keywords:** *Infertility, disability, sexual and reproductive rights, assisted reproduction techniques.*

---

\* Artículo recibido el 6 de junio de 2017 y aceptado para su publicación el 9 de junio de 2017.

\*\* Doctoranda en la Universidad Nacional de Educación a Distancia en Madrid.

\*\*\* Profesor titular “C” de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

SUMARIO: I. *Infertilidad: ¿una enfermedad, una discapacidad?* II. *Derecho a la salud y discapacidad en instrumentos internacionales.* III. *La reproducción asistida a nivel global.* IV. *Regulación de la reproducción asistida en Iberoamérica.* V. *Cobertura de los procedimientos de reproducción asistida a nivel global.* VI. *Bibliografía.*

## I. INFERTILIDAD: ¿UNA ENFERMEDAD, UNA DISCAPACIDAD?

La Organización Mundial de la Salud (OMS) define a la infertilidad como una enfermedad del sistema reproductivo determinada como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de doce meses o más de relaciones sexuales no protegidas.<sup>1</sup> La infertilidad es el estado de una capacidad disminuida para concebir y tener hijos.<sup>2</sup> La definición clínica de infertilidad implica la existencia de un estado dicotómico, ya sea que un embarazo se logre en doce meses —la infertilidad no está presente— o un embarazo no se consigue en doce meses, y, por definición, la infertilidad está presente.<sup>3</sup>

La American Society for Reproductive Medicine define a la infertilidad como una enfermedad. La duración del fracaso para concebir debe ser doce o más meses antes de que se inicie con la investigación sobre las causas, a menos que la historia clínica y los hallazgos físicos sugieran una evaluación y tratamiento anterior.<sup>4</sup>

La OMS reconoce que la infertilidad genera discapacidad, entendida ésta como un deterioro de la función. Se calcula que 34 millones de

<sup>1</sup> *Glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida.* Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), disponible en: [http://www.who.int/reproductive-health/publications/infertility/art\\_terminology\\_es.pdf?ua=](http://www.who.int/reproductive-health/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=) (consultada el 4 de mayo 2017).

<sup>2</sup> Doctor Enrique Rivero Weber, especialista en ginecoobstetricia, refiere que, en sentido estricto, la esterilidad es la incapacidad de concebir, y la infertilidad es la incapacidad de llevar a término un embarazo; diferencia muy importante, pues las causas y los tratamientos son completamente diferentes para cada una de ellas, a pesar de que finalmente el efecto es el mismo: la incapacidad de una pareja para reproducirse; sin embargo, en el *Diccionario de la lengua española* aparecen como sinónimos. Presentación del tema “Ética y Subrogación Materna”, 28 de abril de 2017. Seminario sobre Medicina y Salud, Facultad de Medicina, UNAM.

<sup>3</sup> Barbieri, Robert, L., “Female Infertility”, en Yen and Jaffe’s, *Reproductive Endocrinology: Physiology, Pathophysiology, and Clinical Management*, Philadelphia, Saunders Elsevier, 2006, p. 517.

<sup>4</sup> American Society for Reproductive Medicine, disponible en: <http://www.reproductivefacts.org/topics/topics-index/infertility/>.

mujeres, predominantemente de países en desarrollo, padecen infertilidad resultante de la *sepsis* materna y el aborto inseguro.<sup>5</sup> Medicamente, la infertilidad, en la mayoría de los casos, se considera el resultado de un deterioro físico, una condición crónica que cumple con el rol biosicológico, social y legal de la discapacidad. A diferencia de algunos diagnósticos, la infertilidad tiene componentes médicos y psicológicos definidos, que son inseparables.<sup>6</sup> Es un síntoma de un problema médico, que por su propia definición ha durado al menos un año.<sup>7</sup>

Fernando Zegers-Hochschild, impulsor de la iniciativa en la OMS para definir por primera vez la infertilidad como una enfermedad, refiere que fueron básicamente dos los objetivos para buscar que se reconociera la infertilidad como una enfermedad. El primero, que los países, sobre todo en países de América, la reconocieran y la incluyeran en sus agendas de salud, y así las personas tuvieran el acceso a procedimientos de reproducción asistida por tratarse de una enfermedad; segundo, la infertilidad sí es una condición que puede generar pérdida de la identidad de género; disminución sistemática de la autoestima; inestabilidad matrimonial; asilamiento social y menoscabo de estatus social; ostracismo y abuso —sobre todo en comunidades rurales—; ansiedad y depresión.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> *Infertility as Disability*, disponible en: <http://www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/definitions/en/>. Consultada el 4 de mayo 2017.

<sup>6</sup> Un trabajo realizado en unidades de reproducción humana de dos hospitales universitarios españoles en el que se estudió a 485 personas infértiles reveló que por las características del proceso psicológico en infertilidad, es recomendable realizar la evaluación psicológica de la pareja a la vez que se efectúan las pruebas médicas para el diagnóstico de la infertilidad. De esta forma, se obtiene una evaluación inicial de su estado tanto físico y psíquico, y permite detectar las parejas más vulnerables a desarrollar alteraciones emocionales, siendo la ansiedad, la depresión y los trastornos obsesivos compulsivos los más frecuentes a lo largo del tiempo que conlleva el proceso de diagnóstico y tratamiento médico de la reproducción asistida. En Moreno Rosset, Carmen, Gómez, Sánchez, Yolanda *et. al.*, “La psicología de la reproducción. La necesidad del psicólogo en las unidades de reproducción humana”, *Clínica y Salud*, Madrid, vol. 20, núm. 1, 2009, p. 88, disponible en: [http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1130-52742009000100007](http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1130-52742009000100007).

<sup>7</sup> Mahlstedt, Patricia, Ed. D., “The Psychological Component of Infertility”, *Fertility and Sterility*, vol. 43, núm. 3, 1985, p. 335.

<sup>8</sup> Fernando Zegers-Hochschild, ponencia “Algunos fundamentos biológicos de la reproducción humana y sus implicancias en el derecho a fundar una familia. (El caso de Costa Rica)”, coloquio “Debates Contemporáneos en Derechos Reproductivos”, 3 de junio 2015, Instituto para la Ciencia, Ética e Innovación-Universidad de Manchester, Reino Unido, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, y otras. Disponible en: <https://www.>



Existe una inclinación científica y social a considerar la infertilidad como un síntoma de una enfermedad subyacente debido a que ésta tiene un profundo impacto en las vidas de las personas que la viven.<sup>9</sup> El estigma de la infertilidad a menudo conduce a la desarmonía mental, el divorcio y el ostracismo.<sup>10</sup> En el mismo sentido se ha pronunciado el perito Zegers-Hochschild, quien señala que la infertilidad es una enfermedad que tiene numerosos efectos en la salud física y psicológica de las personas, así como consecuencias sociales, genera angustia y debilita los lazos familiares.<sup>11</sup>

La Asociación Médica Mundial ha reconocido que las tecnologías reproductivas difieren del tratamiento de enfermedades en que la incapacidad para ser padres sin ayuda médica no siempre se considera una enfermedad, aun cuando pueda tener profundas consecuencias psicosociales, y por tanto médicas.<sup>12</sup> Por ello, se hace necesario que las personas infértiles deban ser tratadas por un grupo multidisciplinario capacitado y sensibilizado en los problemas de infertilidad.<sup>13</sup>

---

*juridicas.unam.mx/videoteca/evento/coloquio-debates-contemporaneos-en-derechos-reproductivos/2015-06-03/6088-mesa-tecnicas-de-reproduccion-asistida-principales-problematicas.*

<sup>9</sup> Sobre el impacto que la infertilidad produce en muchas mujeres, consultar Isa, Luciana, *Deseamos hijos, pero no los tenemos, ¿en qué lugar nos ubicamos? Construcciones de sentido en torno a la infertilidad. Relatos de mujeres que quieren ser madres*, tesis doctoral, Facultad de Periodismo y Comunicación Social, Universidad Nacional de Plata, 2017, disponible en: [http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/59875/Documento\\_completo.pdf-PDFAU.pdf?sequence=3](http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/59875/Documento_completo.pdf-PDFAU.pdf?sequence=3).

<sup>10</sup> Sobre el tema véase Mahlstedt, Patricia P., Ed. D., *op. cit.*; Barbieri, Robert, L., “Female infertility”, *cit.*; *Infertility as disability*, *cit.*; Larsen, Ulla, “Research on Infertility: which Definition should we Use?”, *Fertility and Sterility*, vol. 83, núm. 4, abril de 2005.

<sup>11</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIADH), *caso Artavia Murillo y Otros (“Fertilización in vitro”) vs. Costa Rica*, excepciones preliminares, fondo y reparaciones y costas, 28 de noviembre de 2012, epígrafe D.2 a) Discriminación indirecta con relación a la condición de discapacidad, párrafo 288, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf).

En la misma sentencia de la CIDH, la perita Garza testificó que “es más exacto considerar la infertilidad como un síntoma de una enfermedad subyacente. Las enfermedades que causan infertilidad tienen un doble efecto dificultando el funcionamiento de la infertilidad pero también causando, tanto a largo como a corto plazo, problemas de salud para el hombre o la mujer”, párrafo 288.

<sup>12</sup> Resolución de la Asociación Médica Mundial sobre Tecnologías Reproducción Asistida. Adoptada por la 57a. Asamblea General de la AMM, Pilanesberg, Sudáfrica, octubre 2006, disponible en: <https://www.wma.net/es/policias-post/resolucion-de-la-amm-sobre-las-tecnologias-de-reproduccion-asistida/>.

<sup>13</sup> Diagnóstico de la pareja infértil y tratamiento con técnicas de baja complejidad, editor general División de Excelencia Clínica, Coordinación de Unidades Médicas de

## II. DERECHO A LA SALUD Y DISCAPACIDAD EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Desde que se aprobó por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1948 la Declaración Universal de Derechos Humanos se reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.<sup>14</sup> Este instrumento constituye el sustento a partir del cual se han elaborado y suscrito posteriores declaraciones y convenios específicos para el área de la salud. Más adelante, este derecho fue desarrollado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en el que se obliga a los Estados a crear condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad. En este instrumento ya se establecen obligaciones específicas para los Estados, que sirven de guía para dirigir sus políticas de salud.<sup>15</sup> En otros tratados particulares del sistema de Naciones Unidas se reconoce el derecho a la protección de la salud, como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y la Convención sobre los Derechos del Niño.

En el sistema interamericano, a través del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se reconoció de la misma forma

---

Alta Especialidad, 2013, pp. 10 y 11. Esta guía puede descargarse en: <http://www.ims.gob.mx/profesionales/guiasclinicas/Pages/guias.aspx>. Consulta realizada el 16 de octubre de 2016.

<sup>14</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos. “Artículo 25.1 Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

Sobre el desarrollo de la salud como derecho en el ámbito internacional y la conceptualización de los derechos económicos, sociales y culturales en el derecho internacional, puede verse Martínez Bullé Goyri, Víctor Manuel, “La salud como derecho humano. Una promesa incumplida”, *Historia y Constitución. Homenaje a José Luis Soberanes Fernández*, México, UNAM, 2015, t. II, pp. 372-382.

<sup>15</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. “Artículo 12.1 Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

el derecho a la protección de la salud y se generó la obligación de los Estados para asegurar su efectivo cumplimiento.<sup>16</sup>

A pesar del paulatino reconocimiento del derecho a la salud en los instrumentos internacionales, su adopción ha recibido críticas. Una de ellas ha sido que la amplitud de obligaciones resultantes por parte del Estado sería de imposible concreción en países no desarrollados o en vías de desarrollo, dada la escasez de recursos. Haciendo eco de esta crítica y de los informes presentados por los Estados parte ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en 2000 éste emitió la Observación general 14, en la que se interpreta el contenido y alcance del artículo 12 del PIDESC. Esta observación constituye el consenso más actualizado de la comunidad de naciones sobre la materia.<sup>17</sup> El Comité afirma que el derecho a la salud abarca no solamente el derecho a la atención de la salud, sino que también incluye el acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la sexual y reproductiva.

Con relación a los conceptos de salud sexual y reproductiva, la OMS entiende por salud sexual un estado de bienestar físico, mental y social en relación con la sexualidad. La comunidad internacional ha reconocido que un concepto amplio de salud reproductiva abarca esfuerzos más allá de los que se refieren a la maternidad, la anticoncepción y la prevención de las enfermedades de transmisión sexual.

---

<sup>16</sup> Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. “Artículo 10. Derecho a la Salud. 1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social; 2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: *a.* la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; *b.* la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; *c.* la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; *d.* la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; *e.* la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y *f.* la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables”.

<sup>17</sup> Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto Tecnológico Autónomo de México-Centro de Estudios de Actualización en Derecho, 2015, p.103.

La Observación general 14 define a la salud como “Un derecho fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos”.

En la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (CIPD),<sup>18</sup> que se celebró en El Cairo en septiembre de 1994, se definió a la salud reproductiva como “un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos”. En el Programa de Acción de la CIPD se afirma el derecho al acceso, sin coacción a los servicios de salud reproductiva. La introducción que se le dio a la salud reproductiva por parte de la CIPD constituye una gran aportación, ya que a diferencia de la concepción centrada en la planificación familiar, se otorgó un rol fundamental a los contextos institucionales, culturales y políticos en que tienen lugar las decisiones y comportamientos sexuales y reproductivos. El desarrollo conceptual y programático que experimentó la salud reproductiva hizo que la atención se centrara en la perspectiva de los derechos reproductivos. En la Conferencia Mundial de la Mujer, que se celebró en 1995 en Beijing, se determinó que los derechos reproductivos incluyen el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia.<sup>19</sup> En el Consenso de Montevideo sobre Población y Desarrollo, que se celebró en 2013, se constató el poco avance en la meta de acceso universal a la salud sexual y reproductiva, y en razón de ello se planteó que el acceso efectivo de todas las mujeres a la atención integral en salud en el proceso reproductivo debe incluir la garantía del acceso universal a las técnicas de reproducción asistida.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994, Naciones Unidas, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/231/29/PDF/N9523129.pdf?OpenElement>. Consultada el 11 de mayo de 2017.

<sup>19</sup> El párrafo 95 de la Conferencia Mundial de la Mujer en Beijing señala: “...los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos”.

<sup>20</sup> El párrafo 43 Consenso de Montevideo sobre Población y Desarrollo señala: “Asegurar el acceso efectivo de todas las mujeres a la atención integral en salud en el proceso



Como señalamos, la infertilidad es el estado de una capacidad disminuida para concebir y tener hijos, y genera discapacidad, entendida ésta como un deterioro de la función. Por lo anterior, haremos referencia a parte del desarrollo normativo internacional sobre derechos de las personas con discapacidad.

La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad,<sup>21</sup> instrumento en el ámbito interamericano cuyo objeto principal es la eliminación de la discriminación en contra de un grupo humano específico y que combate concretamente la discriminación de las personas que viven con algún tipo de discapacidad,<sup>22</sup> establece las definiciones sobre las que en su contexto se entiende por discriminación. El término “discapacidad” lo define como “una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”.<sup>23</sup>

La Convención no sólo propone combatir de manera negativa los actos discriminatorios en contra de las personas con alguna discapacidad,

---

reproductivo, específicamente a atención obstétrica humanizada, calificada, institucional y de calidad, y a servicios óptimos de salud de la mujer durante el embarazo, parto y puerperio, así como a servicios que integren la interrupción del embarazo en los casos previstos por la ley y garantizar el acceso universal a técnicas de fertilización asistida”.

<sup>21</sup> Esta Convención fue aprobada en la ciudad de Guatemala el 7 de junio de 1999; entró en vigor el 14 de septiembre de 2002. Hasta el momento 19 Estados americanos han ratificado la Convención.

<sup>22</sup> Torre Martínez, Carlos de la, *El derecho a la no discriminación en México*, México, Porrúa-CNDH, 2006, p. 119.

<sup>23</sup> Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. “Artículo I. Para los efectos de la presente Convención, se entiende por:

1. Discapacidad. El término “discapacidad” significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.

2. Discriminación contra las personas con discapacidad. a) El término “discriminación contra las personas con discapacidad” significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales”.

sino garantizar la implantación de medidas al alcance del Estado para dotar a las personas de igualdad de oportunidades reales que les permita ejercer sus derechos y libertades fundamentales.<sup>24</sup>

Por otra parte, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>25</sup> (CDPD) señala un cambio paradigmático de las actitudes y enfoques respecto de las personas con discapacidad. En el preámbulo se reconoce que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.<sup>26</sup> La CDPD reconoce que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel de salud posible sin discriminación,<sup>27</sup> y establece la obligación de los Estados a proporcionar programas y atención de la salud, incluidos en el

---

<sup>24</sup> Torre Martínez, Carlos de la, *op. cit.*

<sup>25</sup> La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo fueron aprobados el 13 de diciembre de 2006 en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York. Se trata del primer instrumento amplio de derechos humanos del siglo XXI, señala un cambio paradigmático de las actitudes y enfoques respecto de las personas con discapacidad.

<sup>26</sup> Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*, párrafo 289. El perito Hunt observó que “la infertilidad involuntaria es una discapacidad”, considerando que el preámbulo de la CDPD reconoce que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. De acuerdo con el modelo biopsicosocial de la OMS sobre discapacidad, ésta tiene uno o más de los tres niveles de dificultad en el funcionamiento humano: un impedimento físico psicológico; una limitación de una actividad debido a un impedimento (limitación de una actividad) y una participación restringida debido a una limitación de actividad. De acuerdo con la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud de la OMS, los impedimentos incluyen problemas en el funcionamiento del cuerpo; las limitaciones de las actividades son dificultades que una persona puede tener al realizar una actividad; y las participaciones restringidas son problemas que una persona puede experimentar en diversas situaciones de la vida”.

<sup>27</sup> Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. “Artículo 25. Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud. En particular, los Estados Partes: a) Proporcionarán a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios

ámbito sexual y reproductivo; de lo anterior se desprende el derecho de las personas con discapacidad de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva.<sup>28</sup>

La discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de una manera efectiva.<sup>29</sup>

### III. LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA A NIVEL GLOBAL

En el último cuarto del siglo XX se desarrollaron las técnicas de reproducción asistida (TRA),<sup>30</sup> encaminadas a tratar la infertilidad; a prevenir y atender enfermedades de origen genético o hereditario. Desde que en 1978 naciera en el Reino Unido la primera niña concebida por fecundación *in vitro*, las TRA posibilitan el nacimiento de unos 100, 000 niños al año en todo el mundo. Se estima que entre un 1% y un 4% de los niños nacidos anualmente en Estados Unidos y Europa son resultado de aplicar estos tratamientos.<sup>31</sup>

De acuerdo con cifras publicadas por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (RED LARA)<sup>32</sup> de 1990 a 2012,<sup>33</sup> en América La-

---

asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y programas de salud pública dirigidos a la población”.

<sup>28</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*, *op. cit.*, párrafo 289.

<sup>29</sup> *Ibidem*, párrafo 291.

<sup>30</sup> El glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida (TRA) define a las técnicas de reproducción asistida como “todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. TRA no incluye inseminación asistida (inseminación artificial) usando espermatozoides ni de la pareja ni de un donante”.

<sup>31</sup> Ortiz Movilla, R. y Acevedo Martín, B., “Reproducción asistida y salud infantil”, *Rev Pediatr Aten. Primaria*, Madrid, vol.12, núm. 48, oct/dic 2010, disponible en: [http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1139-76322010000600011](http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1139-76322010000600011).

<sup>32</sup> El Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida es un órgano de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida que como parte de sus funciones recolecta, analiza y publica los procedimientos de reproducción asistida, que se realizan en los centros latinoamericanos afiliados a la Red.

<sup>33</sup> 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).

tina nacieron 128,245<sup>34</sup> niños con ayuda de alguna TRA.<sup>35</sup> Los países en donde se registra el mayor número son: Brasil, en donde nacieron 56,674 niños; Argentina, con 26,085 niños, seguido por México, que reportó el nacimiento de 17,238 bebés. Estos tres países representan el 78% del total de nacimientos que registró la RED LARA de 1990 a 2012. En otros países de Latinoamérica, en este mismo periodo, de acuerdo con cifras de este informe: Chile (6,579); Colombia (5,191); Perú (4927); Venezuela (4802); Ecuador (1191); Uruguay (1258); Guatemala (331); Bolivia (384), Panamá (214); República Dominicana (97); Nicaragua (74); Paraguay (12), y Costa Rica (15).

En contraste con estas cifras, en España el Registro Nacional de Actividad 2014 de la Sociedad Española de Fertilidad<sup>36</sup> reportó 28,669 partos durante ese año, haciendo uso de alguna TRA, y el nacimiento de un total de 33,934 bebés producto de la reproducción asistida, tan sólo en 2014. Este país ocupa el primer lugar en Europa y el tercero a nivel mundial donde más TRA se llevan a cabo, sólo por detrás de Japón y Estados Unidos. A diferencia de los países en América Latina, en España, por disposición de ley,<sup>37</sup> los centros autorizados están obligados a reportar sus resultados, al menos una vez al año. En este registro de actividades se busca plasmar los datos sobre tipología de técnicas y procedimientos, tasas de

---

<sup>34</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>35</sup> Distribución (niños nacidos). ICSI 68,509; IVF 22,429; OD 22,626; FET 12,973; GIFT 1,257; otras técnicas 451.

<sup>36</sup> Registro Nacional de Actividad 2014, Sociedad Española de Fertilidad, “Informe estadístico de Técnicas de Reproducción Asistida 2014, disponible en: [https://www.registro-sef.com/public/docs/sef2014\\_IAFIV.pdf](https://www.registro-sef.com/public/docs/sef2014_IAFIV.pdf).

<sup>37</sup> Ley 14/2006, del 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. “Artículo 22.2 El Registro de actividad de los centros y servicios de reproducción asistida deberá hacer públicos con periodicidad, al menos, anual los datos de actividad de los centros relativos al número de técnicas y procedimientos de diferente tipo para los que se encuentren autorizados, así como las tasas de éxito en términos reproductivos obtenidas por cada centro con cada técnica, y cualquier otro dato que se considere necesario para que por los usuarios de las técnicas de reproducción asistida se pueda valorar la calidad de la atención proporcionada por cada centro. El registro de actividad de los centros y servicios de reproducción asistida recogerá también el número de preembriones crioconservados que se conserven, en su caso, en cada centro”.



éxito, y otras cuestiones que sirvan para informar a los ciudadanos sobre la calidad de cada uno de los centros.<sup>38</sup>

Por otra parte, con relación al número de centros en donde se realizan TRA, el registro de la RED LARA reportó en 2013,<sup>39</sup> 167 centros en América Latina. De acuerdo con datos de ese informe, los países que tenían el mayor número de centros eran: Brasil (56), México (28) y Argentina (27). El resto de los países latinoamericanos que reportaron establecimientos a la RED LARA, en el mismo periodo, son: Colombia (9); Chile y Venezuela (8); Perú y Ecuador (6); Bolivia, Panamá y Uruguay (2); Guatemala, Nicaragua, Paraguay y República Dominicana (1).

Otro estudio sobre la salud reproductiva a nivel global, elaborado en 2016 por la Federación Internacional de Sociedades de Fertilidad (siglas en inglés IFFS), de forma conjunta con la OMS,<sup>40</sup> reportó en América Latina 391 centros;<sup>41</sup> en este trabajo, la tendencia es similar al informe elaborado por la RED LARA; el país con el mayor número de centros es Brasil, con 180, seguido por Argentina, que tiene 60, y México, en donde se reportaron 48 centros. Otros países latinoamericanos que reportaron cifras son: Venezuela (30); Colombia (25); Perú (12); Ecuador (10); Chile y Panamá (9); Guatemala y Uruguay, (3) y Paraguay (2).

En México, por disposición de ley, los establecimientos en los que se practican procedimientos de reproducción asistida deben contar con una licencia sanitaria<sup>42</sup> expedida por la Comisión Federal para la Protección

<sup>38</sup> Corcóstegui Ormazábal, Beatriz, “Registro nacional de actividad y resultados de los centros y servicios de reproducción asistida”, en Lledó Yagüe, Francisco *et al.*, *Comentarios científico-jurídico a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, 26 de mayo)*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 304.

<sup>39</sup> Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida, *op. cit.*

<sup>40</sup> *International Federation of Fertility Societies (IFFS) Surveillance 2016*, es un trabajo que sirve como registro con una visión general de la práctica, políticas y actividades asociadas con la tecnología de reproducción asistida a nivel mundial. Las respuestas del cuestionario fueron proporcionadas por uno o dos individuos bien informados en cada país; pero estas respuestas no fueron validadas, y pueden contener imprecisiones. Sin embargo, este reporte sigue siendo la única fuente de información que proporciona una visión global de los tratamientos de reproducción asistida e nivel mundial, disponible en: <http://www.iffs-reproduction.org/?page=Surveillance>.

<sup>41</sup> Los países que se incluyeron en este informe fueron: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

<sup>42</sup> Para poder obtener esta licencia, el establecimiento deberá entregar la siguiente documentación: formato de solicitud de licencia, copia del acta de instalación del comité

contra Riesgos Sanitarios (Cofepris).<sup>43</sup> Hasta mayo de 2016 esta Comisión tenía registrados 89 centros y/o establecimientos públicos y privados.<sup>44</sup> Con relación al cumplimiento de disposiciones sanitarias de los centros y/o establecimientos autorizados para practicar procedimientos de reproducción asistida, compete a la Cofepris, a través de la Comisión de Operación Sanitaria, vigilar que cumplan con las disposiciones sanitarias. Esta vigilancia se manifiesta a través de actos de autoridad de verificación, el muestreo, dictamen, las medidas de seguridad y la aplicación de sanciones. De enero de 2012 a diciembre de 2016, la Comisión de Operación Sanitaria realizó 41 visitas a establecimientos privados en los que se practican técnicas de reproducción asistida y/o que funcionan como bancos de células germinales.<sup>45</sup>

Estas cifras resultan menores en comparación con las registradas en varios países europeos. Por ejemplo, España en 2016 reportó 371 clínicas; Italia 350; Alemania 134 y Francia 104.<sup>46</sup>

#### IV. REGULACIÓN DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN IBEROAMÉRICA

La expansión de centros en donde se realizan TRA revela la existencia de un mercado global; pese a ello, en la actualidad aún muchos países no tienen una regulación específica en materia de reproducción asistida.<sup>47</sup> A

---

interno de trasplantes, copia del Manual de Procedimientos Técnico Administrativo del establecimiento de las TRA, copia de la licencia sanitaria del establecimiento donde se practican actos quirúrgicos u obstétricos, copia de identificación oficial del propietario, y en su caso del representante legal, y comprobante de pago de derechos. Trámite a realizar por el establecimiento que efectuará técnicas de reproducción asistida, disponible en: [http://www.cofepris.gob.mx/Documents/MaterialesDifusion/6\\_t\\_reprasis.pdf](http://www.cofepris.gob.mx/Documents/MaterialesDifusion/6_t_reprasis.pdf).

<sup>43</sup> Sobre la naturaleza jurídica, estructura orgánica, atribuciones y funciones de la Cofepris, se sugiere consultar Cano Valle, Fernando *et al.*, *Medicina y estructuras jurídico-administrativas en México. Hacia la reforma integral del sistema de salud mexicano*, México, UNAM, 2014.

<sup>44</sup> Esparza Pérez, Rosa Verónica, “La depreciación de los derechos humanos, y la regulación de la reproducción humana asistida en México”, *Gaceta Médica de México* (en prensa).

<sup>45</sup> Sistema de Acceso a la Información Pública: Infomex, folio 1215199572516.

<sup>46</sup> *International Federation of Fertility Societies (IFFS) Surveillance 2016, cit.*

<sup>47</sup> Vidal Martínez, Jaime, “Reproducción asistida”, en Romeo Casabona, Carlos María (dir.), *Enciclopedia de bioderecho y bioética*, disponible en: <http://enciclopedia-bioderecho.com/voces/278>

diferencia de los países europeos, los latinoamericanos, en su mayoría, no cuentan con una normatividad que los regule de forma concreta. Las normas que se aplican en la generalidad de los países latinoamericanos, con relevancia para el tema, son muy dispares, y, salvo excepciones, consisten normalmente en principios generales, que se inscriben en códigos civiles, penales o en su Constitución.<sup>48</sup> En América Latina solamente Argentina y Uruguay cuentan con una normatividad específica en la materia; ambas leyes se sancionaron en 2013. Brasil, si bien no tiene una ley que regule de manera integral las TRA, cuenta con un acuerdo administrativo que contiene normas éticas para el uso de TRA, emitidas por el Consejo Federal de Medicina.<sup>49</sup>

En Argentina, el Senado y la Cámara de Diputados de la Nación sancionaron el 5 de junio de 2013 la Ley 26.862, cuyo objeto es garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida.<sup>50</sup>

Cinco meses después de que el Senado argentino sancionara la ley 286.862, el Poder Legislativo de Uruguay, mediante la Ley 19.167, reguló las TRA acreditadas científicamente, así como los requisitos que deben cumplir las instituciones públicas y privadas que las realizan.<sup>51</sup>

---

<sup>48</sup> Andorno, Roberto, “Técnicas de procreación asistida”, en Brena y Sesma, Ingrid y Toboul, Gérard (coords.), *Hacia un instrumento regional internacional sobre la bioética. Experiencias y expectativas*, México, UNAM, 2009, p. 209.

<sup>49</sup> Resolución CFM 1.957-2010, que regula los procedimientos de reproducción asistida, pero no tiene rango de norma legal es emitida por el Consejo Federal de Medicina. Publicada el 6 de enero de 2011, modifica la resolución CFM no. 1358/92.

<sup>50</sup> El primer avance al respecto lo había realizado en 2010 la provincia de Buenos Aires, convirtiéndose en la primera de América Latina en brindar este servicio de fomento a la fertilidad a través de la salud pública. Verónica Smink de *BBC Mundo, Cono Sur*, en un artículo titulado “Argentina, pionera en el derecho a la fertilidad”, publicado el 14 de junio de 2013, comentó: “En la provincia de Buenos Aires nacieron 75 bebés por la ley de fertilidad asistida aprobada en 2010. Por su parte, el gobernador de la provincia de Buenos Aires, Daniel Scioli, señaló que el éxito que ha tenido allí la ley de fertilidad asistida desde que fue aprobada hace tres años demuestra que no hay que temer por las dificultades económicas. A diferencia de la ley provincial, que sólo da acceso al tratamiento a parejas con problemas de infertilidad, la ley nacional beneficia a cualquier adulto que quiera realizarse el tratamiento, sin contemplar si es infértil, su edad o su estado civil”, disponible en: [http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2013/06/130610\\_argentina\\_fertilidad\\_vs.shtml?print=1](http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2013/06/130610_argentina_fertilidad_vs.shtml?print=1) (julio de 2014).

<sup>51</sup> Ley 19.167. Técnicas de Reproducción Humana Asistida. “Artículo 1o. (Objeto). La presente ley tiene por objeto regular las técnicas de reproducción humana asistida acredi-

Por otra parte, Costa Rica reguló en 1995 la práctica de la fertilización *in vitro*; meses después se presentó un recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto Ejecutivo 24029-S. La argumentación para promover la acción se basó fundamentalmente en que era violatorio del derecho a la vida, porque a través de la fecundación *in vitro* son desechados embriones humanos.<sup>52</sup> Costa Rica es el único país en el mundo en el que se prohibió expresamente, en concreto, la práctica de la fertilización *in vitro*.

La Sala de Constitucionalidad de la Corte Suprema de Costa Rica resolvió el recurso de inconstitucionalidad en 2000,<sup>53</sup> al determinar que “las condiciones en que se aplica actualmente, llevan a concluir que cualquier eliminación o destrucción de concebidos —voluntaria o derivada de la impericia de quien ejecuta la técnica o de la inexatitud de ésta— viola su derecho a la vida”, por lo que no es acorde con la Constitución ni con la Convención Americana sobre Derechos Humanos; en consecuencia, declaró la inconstitucionalidad e invalidez del decreto en tanto el desarrollo científico permaneciera en el estado actual. La argumentación de la Sala estuvo fundamentada en una restringida interpretación del derecho a la vida y en su particular opinión de lo que representa la fertilización *in vitro* para la vida, al considerar que los embriones son seres humanos.<sup>54</sup>

---

tadas científicamente así como los requisitos que deben cumplir las instituciones públicas y privadas que las realicen. A tales efectos se entiende por técnicas de reproducción humana asistida el conjunto de tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación de gametos o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Quedan incluidas dentro de las técnicas de reproducción humana asistida la inducción de la ovulación, la inseminación artificial, la micro inyección espermática (ICSI), el diagnóstico genético preimplantacional, la fecundación *in vitro*, la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de gametos y embriones, la donación de gametos y embriones y la gestación subrogada en la situación excepcional prevista en el artículo 25 de la presente ley.

La aplicación de cualquier otra técnica no incluida en la enumeración detallada precedentemente, requerirá la autorización del Ministerio de Salud Pública, previo informe favorable de la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida”, disponible en: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp9878878.htm>

<sup>52</sup> Suárez Ávila, Alberto Abad, *Laicidad y derechos reproductivos en la jurisdicción constitucional latinoamericana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 108.

<sup>53</sup> Sentencia 2000-02306, 15 de marzo del 2000, emitida por la Sala Constitucional de Costa Rica, expediente 95-001734-007-CO.

<sup>54</sup> Sentencia 2000-02306, 15 de marzo del 2000, emitida por la Sala Constitucional de Costa Rica, expediente 95-001734-007-CO. Acción de inconstitucionalidad promovi-



Por la resolución de la Sala Constitucional, varias parejas resultaron afectadas, y en 2001 presentaron el caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), alegando que con esta determinación se les vulneraban derechos reconocidos en la Convención América de Derechos Humanos (CADH). La CIDH<sup>55</sup> concluyó en 2010 que la determinación constituía una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia; asimismo, constituyó una violación del derecho a la igualdad de las víctimas en tanto el Estado les impidió el acceso a un tratamiento que les hubiera permitido superar su situación de desventaja respecto de la posibilidad de tener hijas o hijos biológicos. Este impedimento tuvo, además, un impacto desproporcionado en las mujeres. La CIDH dirigió diversas recomendaciones al Estado de Costa Rica, que no fueron atendidas. Debido a esta inobservancia del Estado, la CIDH solicitó en julio de 2011 a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH o la Corte) la declaración de responsabilidad del Estado.

La sentencia de la Corte IDH<sup>56</sup> representa un avance en el reconocimiento y protección de los derechos reproductivos. En primer término, la

---

da por Hermes Navarro del Valle, portador de la cédula de identidad 1-618-937 contra el Decreto Ejecutivo 24029-S, publicado en *La Gaceta* 45 del 3 de marzo de 1995: “VIII. Conclusiones A) El desarrollo de técnicas de reproducción asistida han posibilitado que muchas parejas estériles alrededor del mundo consigan tener hijos. Sin embargo, es preciso cuestionarse si todo lo científicamente posible es compatible con las normas y principios que tutelan la vida humana, vigentes en Costa Rica, y, hasta qué punto, la persona humana admite ser objeto o resultado de un procedimiento técnico de producción. Cuando el objeto de la manipulación técnica es el ser humano, como en la Técnica de Fecundación *In Vitro* y Transferencia de Embriones el análisis debe superar el plano de lo técnicamente correcto o efectivo. Debe prevalecer el criterio ético que inspira los instrumentos de Derechos Humanos suscritos por nuestro país: el ser humano nunca puede ser tratado como un simple medio, pues es el único que vale por sí mismo y no en razón de otra cosa. Si hemos admitido que el embrión es un sujeto de derecho y no un mero objeto, debe ser protegido igual que cualquier otro ser humano. Solamente la tesis contraria permitiría admitir que sea congelado, vendido, sometido a experimentación e, incluso, desechado”.

<sup>55</sup> Resolución de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Véase Brena, Ingrid, “La fecundación asistida, ¿historia de un debate interminable? El informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. XII, 2012, pp. 26-45.

<sup>56</sup> Véase Brena, Ingrid, “La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Artavia Murillo y otros fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica. Un avance en el pensamiento laico en Latinoamérica”, en Carbonell Sánchez, Miguel, Fix-Fierro, Héctor

Corte reconoció que los derechos reproductivos son derechos humanos, pues se encuentran incorporados en la obligación de respeto y garantía de los derechos a la privacidad, a conformar una familia, a la libertad y la integridad personal; segundo, fijó el alcance de la protección del derecho a la vida a la luz de la Convención Americana, determinando que la protección inicia con la implantación y no con la fertilización del embrión, que no se trata de un derecho absoluto, sino gradual e incremental, de acuerdo con el desarrollo de la vida y a los otros derechos involucrados, y que a la luz de la Convención Americana el embrión no es una persona; y tercero, estableció que la prohibición de servicios de salud reproductiva puede tener un impacto discriminatorio basado en el género, al considerar que los derechos del embrión deben prevalecer sobre los de la mujer; la discapacidad, dada la condición de salud e infertilidad de las víctimas, y el estatus socioeconómico, debido a que las personas sin recursos para practicarse la FIV en otro país quedaron imposibilitadas para acceder a tratamientos contra la infertilidad.

En junio de 2015 se llevó a cabo en la Corte IDH una audiencia pública, en la que el Estado presentó un proyecto de decreto ejecutivo que autorizara la FIV y regulara su implementación. Sin embargo, días después de la entrada en vigor del referido Decreto, éste fue impugnado ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia mediante la interposición de una acción de inconstitucionalidad, por considerar los accionantes, entre otros, que con esta norma se da una “violación y/o amenaza al derecho fundamental a la vida” del “concebido no nacido”, y una “violación al principio de reserva de ley”.<sup>57</sup>

La Sala Constitucional, el 3 de febrero de 2016, emitió una sentencia, en la cual, por decisión de la mayoría, resolvió anular el decreto ejecutivo, por violación al principio de reserva de ley. Sin embargo, la Corte IDH, en ejercicio de sus obligaciones de supervisión, resolvió en lo que respecta a ese punto que se mantenga vigente el decreto ejecutivo, sin perjuicio de

---

Felipe, Valadés, Diego (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudio homenaje a Jorge Carpizo. Derechos humanos*, t. V, vol. 1, UNAM, 2015.

<sup>57</sup> Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (26 de febrero de 2016), *Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*.

Supervisión de cumplimiento de sentencia. Considerandos 16 a 18, disponible en: <http://observatoriointernacional.com/wp-content/uploads/2016/03/Costa-Rica-Resoluci%C3%B3n-Artavia-26-febrero-2016.pdf>.

que el órgano Legislativo emita alguna regulación posterior en apego a los estándares indicados en la sentencia.<sup>58</sup>

En México, la emisión de una normatividad en materia 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 ello, México no cuenta hasta este momento con el anclaje jurídico que regule de manera integral los diferentes aspectos legales relacionados con las TRA, y por lo tanto, se prestan sin una verificación sanitaria adecuada y se dejan desprotegidos los derechos humanos de las partes que intervienen en los procedimientos.

Al respecto, la Ley General de Salud establece una penalidad para aquel que sin consentimiento de una mujer o aun con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial.<sup>59</sup> En México, algunas entidades federativas, ante la falta de una normatividad a nivel federal sobre reproducción asistida, han buscado enmendar esta situación al incluir disposiciones en sus códigos civiles y familiares, cuestiones principalmente relacionadas con la filiación cuando se utilizan TRA; sin embargo, algunos estados han incluido aspectos que no corresponden al ámbito de su competencia, y representan una invasión a la esfera federal en materia de salubridad general. Más aún, incluyen aspectos técnicos relativos a las TRA, que deben ser materia de una norma técnica y no de una ley.<sup>60</sup> Algunos estados que han legislado sobre el tema son: el estado

---

<sup>58</sup> *Idem.* “En el ejercicio de sus atribuciones de supervisión del cumplimiento de sus decisiones, de conformidad con los artículos 33, 62.1, 62.3, 65, 67 y 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 24, 25 y 30 del Estatuto, y 31.2 y 69 de su Reglamento, RESUELVE: Por cinco votos contra uno, 4. Disponer que, en lo que respecta al cumplimiento del punto dispositivo tercero de la Sentencia y conforme a lo indicado en el Considerando 36 de esta Resolución, se mantenga vigente el Decreto Ejecutivo 39210-MP-S de 11 de septiembre de 2015, sin perjuicio de que el órgano legislativo emita alguna regulación posterior en apego a los estándares indicados en la Sentencia”.

<sup>59</sup> Ley General de Salud, “Artículo 466. Al que sin consentimiento de una mujer o aun con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años. La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge”.

<sup>60</sup> Grupo de Información en Reproducción Elegida, “Niñas y mujeres sin justicia. Derechos reproductivos en México”, México, 2015, pp. 228, disponible en: <http://informe2015.gire.org.mx/#/inicio>.

de México,<sup>61</sup> Michoacán de Ocampo,<sup>62</sup> Tabasco, San Luis Potosí,<sup>63</sup> Sonora<sup>64</sup> y Zacatecas.<sup>65</sup>

<sup>61</sup> Código Civil del Estado de México. Consentimiento de la mujer para la inseminación artificial, “Artículo 4.112. La reproducción asistida a través de métodos de inseminación artificial solo podrá efectuarse con el consentimiento de la mujer a quien haya de practicarse dicho procedimiento.

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

#### Prohibición de padres o tutores

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

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

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

<sup>62</sup> Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo. “Artículo 150. ...los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos, así como emplear, en los términos que señala la Ley, cualquier método de reproducción para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges”.

<sup>63</sup> El Código Familiar de San Luis Potosí. Los artículos 237 al 245 establecen diversos aspectos relacionados con la reproducción asistida. Estos numerales se refieren a: qué se debe entender por reproducción humana asistida; cuáles son las técnicas que se podrán practicar; se define inseminación homóloga y heteróloga; establece quiénes podrán ser destinatarios de las técnicas de reproducción asistida y los casos en los que se podrá recurrir a la reproducción heteróloga; prevé el caso de la reproducción artificial postmortem; para la inseminación heteróloga establece que no habrá lazo de filiación entre la hija o el hijo y el, la o los donantes de gametos; declara inexistente la gestación por sustitución; regula lo relativo a la filiación de los hijos concebidos mediante prácticas de reproducción asistida.

<sup>64</sup> Código Familiar de Sonora. “Artículo 207 Cuando el embarazo se obtenga por técnicas de reproducción asistida con material genético de personas distintas de uno o ambos cónyuges o concubinos, los que usen voluntariamente gametos de terceros serán considerados como padres biológicos del niño que nazca por estos métodos, siempre que hayan otorgado expresamente su autorización. El hijo podrá solicitar, al llegar a su mayor edad, informes sobre el padre biológico en los mismos casos que en la adopción plena, sin reclamar ningún derecho filiatorio”.

<sup>65</sup> Código Civil para el Estado de Zacatecas. “Artículo 123. Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos, así como a emplear cualquier método de procreación asistida para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges en los términos establecidos por la Ley”.



Haremos referencia al caso del estado de Tabasco, por ser una entidad que ha sido objeto de reflectores no sólo a nivel nacional, sino también en el ámbito internacional, por los conflictos que su regulación ha suscitado. Tabasco reguló en 1997 la gestación por sustitución en su Código Civil. Este ordenamiento se limitaba a definir la figura y a establecer la posibilidad de registrar el nacimiento de los niños y niñas nacidos a partir de estos acuerdos. Pese a que la celebración de este tipo de acuerdos se autoriza en ese estado desde hace veinte años, su práctica tuvo un incremento importante a partir de 2012, lo que convirtió a Tabasco en un destino tanto a nivel nacional como internacional de personas interesadas en celebrar estos acuerdos. A partir de este momento, se hicieron visibles aspectos no previstos en su legislación actual,<sup>66</sup> tales como ausencia de protección tanto de las mujeres gestantes como de los niños nacidos con apoyo de estos procedimientos y deficiente regulación sobre cuál debía ser el contenido de los convenios y acuerdos celebrados, entre otros.

Por lo anterior, el 13 de enero de 2016, el Congreso de Tabasco aprobó la reforma al Código Civil local;<sup>67</sup> sin embargo, prevé disposiciones discriminatorias; por ejemplo, únicamente podrán celebrar estos acuerdos los ciudadanos mexicanos,<sup>68</sup> situación que excluye a los extranjeros que son residentes, temporales o permanentes, en el país; deja fuera a personas solteras y parejas del mismo sexo, al establecer que los contratos deberán estar firmados por la madre y el padre contratantes.

En el ámbito federal, el tema de la reproducción asistida lleva muchos años intentando legislarse en México. La primera iniciativa que se presentó en el Poder Legislativo para regular sobre el tema data de 1999,<sup>69</sup> pese

---

“Artículo 290. ...no se podrá desconocer la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de reproducción asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos”.

<sup>66</sup> Sobre los conflictos que se han suscitado en Tabasco debido a la mala regulación se sugiere consultar el informe “Gestación subrogada en México. Resultado de una mala regulación”, que elaboró el GIRE, disponible en: <https://gire.org.mx/gestacion-subrogada-en-mexico/>.

<sup>67</sup> *Idem*.

<sup>68</sup> Código Civil. “Artículo 380 bis 5. Requisitos para acceder a contratos: I. Ser ciudadanos mexicanos”.

<sup>69</sup> González Santos, Sandra P., “From Esteriology to Reproductive Biology: The Story of the Mexican Assisted Reproduction Business”, *Reproductive, Biomedicine and Society on line*, vol. 2, 2016, p. 123, disponible en: [http://www.rbmsociety.com/issue/S2405-6618\(16\)X0002-0](http://www.rbmsociety.com/issue/S2405-6618(16)X0002-0).

a que prácticamente en cada legislatura se han presentado iniciativas, aún no se logran los acuerdos necesarios para alcanzar el consenso regulatorio en la materia.<sup>70</sup>

¿Por qué pese a todas las propuestas que se han analizado en ambas Cámaras del Poder Legislativo ninguna ha prosperado? Sin duda las ideologías opuestas de los diversos partidos políticos han obstaculizado el avance.<sup>71</sup> Por un lado, las propuestas de los partidos con tendencia conservadora han planteado marcos normativos más restrictivos y mesurados; por el contrario, integrantes de partidos con ideologías más liberales han planteado marcos regulatorios más laxos y permisivos. Aunado a estas posturas está la opinión de la comunidad de médicos y científicos; algunos han especulado que una ley sobre la reproducción asistida no tiene valor político y que las propuestas que se han presentado contienen imprecisiones técnicas.

Los aspectos que se han discutido y sobre los que no se han puesto de acuerdo se centran en aspectos relacionados con la responsabilidad sobre las células germinales, el inicio de la vida y el estatuto jurídico del embrión,<sup>72</sup> la disposición de embriones supernumerarios, intervención de donantes, el acceso a las TRA, si podrán acceder a éstas las parejas del mismo sexo o personas solteras y la eugenesia. Otro aspecto en discusión gira en torno a la oferta de procedimientos de reproducción asistida en instituciones de salud pública. Así, algunas propuestas se han pronunciado sobre el acceso de estos servicios a sectores sociales de escasos recursos y no dejar en el ámbito de la medicina privada estos tratamientos. En una postura contraria están los que consideran que no es viable asumir ese compromiso, debido a los altos costos y al reducido impacto que tienen en la población.

Actualmente se encuentran en el Congreso de la Unión<sup>73</sup> dos iniciativas pendientes sobre reproducción asistida. En abril de 2016, la Cá-

<sup>70</sup> Sobre el tema se sugiere consultar: Cardaci, Dora y Sánchez Bringas, Ángeles, “Hasta que lo alcancemos... Producción académica sobre la reproducción asistida en publicaciones mexicanas”, *Alteridades*, México, vol. 19, núm. 8; 2009, Grupo de Información en Reproducción Elegida, “Niñas y mujeres sin justicia. Derechos reproductivos en México”, *cit.*

<sup>71</sup> Informe de Actividades de la Comisión Nacional de Bioética en torno al marco regulatorio de la Reproducción Humana Asistida, disponible en: <http://www.conbioetica-mexico.salud.gob.mx/descargas/pdf/Informe.pdf>.

<sup>72</sup> Facio, Alda, *Los derechos reproductivos son derechos humanos*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008, pp. 30-36.

<sup>73</sup> GIRE, “Gestación subrogada en México. Resultado de una mala regulación”, *cit.*

mara de Senadores aprobó una minuta que pretende reformar la Ley General de Salud para regular la reproducción asistida;<sup>74</sup> ésta se encuentra en revisión en la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados; de aprobarse, estaría lista para su publicación. Uno de los aspectos positivos que se incluyen en esta minuta es la creación de un Registro General en Materia de Reproducción Asistida, que incluya un censo de las clínicas y procesos que se lleven a cabo y un control de los aspectos relacionados con la donación de gametos y embriones. Hoy en día los usuarios no tienen certeza de quiénes practican los servicios, y no hay suficientes controles. De forma paralela a esta minuta, en septiembre de 2016, la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados emitió un dictamen en materia de reproducción asistida y gestación subrogada.<sup>75</sup> De ser aprobada por esta Cámara pasaría al Senado para ser revisada. Esta iniciativa es más conservadora que la anterior, y especifica diversos requisitos para tener acceso a las TRA; por ejemplo, limita su uso para parejas que cuenten con un diagnóstico de infertilidad y prohíbe que se utilicen gametos masculinos de un donante.

En 2016 también se estuvo discutiendo la elaboración de una Norma Oficial Mexicana (NOM) para la Reproducción Asistida, en la que participaron representantes de la Secretaría de Salud, Cofepris, representantes de clínicas y hospitales públicos y privados, así como asociaciones civiles conformadas en su mayoría por médicos. La última reunión fue en diciembre de 2016, y no hubo una validación final ni reuniones posteriores para discutir aspectos no acordados. El proyecto de NOM se dejó en pausa hasta que se apruebe alguno de los proyectos de ley que están en el Congreso.

La falta de una normatividad integral que aborde los diversos aspectos de las TRA en México provoca que su práctica se desarrolle conforme a parámetros internos de las instituciones de salud que ofrecen dichos servicios; esto genera inseguridad jurídica para todos los sujetos que intervienen, profesionales de la salud, pacientes, donadores de gametos y, en el

---

<sup>74</sup> Que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Ley General de Salud, a cargo de la diputada Maricela Contreras Julián, del grupo parlamentario del PRD, disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/63/2015/nov/20151104-II.html#Iniciativa12>.

<sup>75</sup> Que reforma y adiciona diversas disposiciones de la ley general de salud, a cargo de la diputada Sylvana Beltrones Sánchez, del grupo parlamentario del PRI, disponible en: [http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2016/03/asun\\_3350059\\_20160317\\_1456863565.pdf](http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2016/03/asun_3350059_20160317_1456863565.pdf).

caso de la gestación por sustitución, los más vulnerables suelen ser las mujeres gestantes y los hijos que nazcan producto de este tipo de acuerdos.

Esta laguna normativa que prevalece en México tiene repercusiones no sólo en los derechos de los adultos, sino también en el eventual producto de la fecundación.<sup>76</sup> Uno de los puntos fundamentales que deben ser discutidos es el relativo a su filiación y derechos. Los derechos de las personas que recurren a las TRA no deben tener prioridad sobre los derechos de los menores; los padres no pueden renunciar al ejercicio de los derechos de los menores en su nombre.<sup>77</sup> En la práctica, debido a la ausencia de reglas claras, los establecimientos en donde se ofrecen TRA con intervención de donantes manejan la información de los donantes con estricta confidencialidad y anonimato.<sup>78</sup> ¿Qué pasaría si a su mayoría de edad la persona requiere, por alguna razón, conocer su origen genético o incluso información específica del donante?,<sup>79</sup> ¿y si a su mayoría de edad la

---

<sup>76</sup> El primer antecedente de los derechos para niños y niñas es la Declaración de Ginebra, adoptada por la Asamblea de la Sociedad de Naciones el 24 de septiembre de 1924. Posteriormente, en 1959 la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de los Derechos del Niño, pero no es hasta 1989 cuando se aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño, que constituye el primer instrumento jurídicamente vinculante para los Estados que la han ratificado. México la ratificó el 21 de septiembre de 1990.

<sup>77</sup> Esto supone algunos problemas teóricos, pues podría suponer el reconocimiento de derechos de una persona que aún no existe; sin embargo, si el niño llega a gestarse, ¿qué pasará con los derechos que le corresponderían, es decir, de los que efectivamente será titular?, González Contró, Mónica, “Los derechos del niño en la reproducción asistida”, en Brena, Ingrid, *Reproducción asistida*, México, UNAM, pp. 101 y 103.

<sup>78</sup> Kably Ambe, Alberto *et al.*, Consenso Nacional Mexicano de Reproducción Asistida, *Ginecol Obstet Mex* 2012; 80(9):581-624, pp. 624, disponible en: <http://www.medigraphic.com/pdfs/ginobsmex/gom-2012/gom129c.pdf>.

Establecimientos privados publican en sus portales de internet que la información de los donantes será confidencial y anónima. Clínica IVI INSEMER, disponible en: <https://ivi.mx/ivi-insemer/>; Instituto Ingenes, disponible en: <http://www.ingen.es.com/>; Concibe <http://www.concibe.com.mx/>.

<sup>79</sup> La única entidad federativa en México que prevé la posibilidad de que el hijo, a la mayoría de edad, pueda conocer información sobre su origen biológico es Sonora. En el artículo 207 de su Código Familiar se establece: “Cuando el embarazo se obtenga por técnicas de reproducción asistida con material genético de personas distintas de uno o ambos cónyuges o concubinos, los que usen voluntariamente gametos de terceros serán considerados como padres biológicos del niño que nazca por estos métodos, siempre que hayan otorgado expresamente su autorización. El hijo podrá solicitar, al llegar a su mayoría de edad, informes sobre el padre biológico en los mismos casos que en la adopción plena, sin reclamar ningún derecho filiatorio”.



clínica que recabó la información sobre el donante ya no sigue operando? La parte más vulnerable en este escenario sería el niño o niña, que se vería imposibilitado a conocer su origen biológico y genético,<sup>80</sup> lo que supone negarle uno de los elementos fundamentales que constituye su identidad. El principio del interés superior del menor tiene fundamento en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,<sup>81</sup> y en el artículo 3o., apartado 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño,<sup>82</sup> en donde se señala que en las decisiones o medidas que involucre a la niñez, el Estado tiene la obligación de atender a su interés superior, lo que implica que el ejercicio pleno de sus derechos debe ser considerado como criterio rector para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.

En contravención a la situación en América Latina, en Europa la mayoría de los países cuentan con una normatividad que regula los procedimientos de reproducción asistida. En Europa existen básicamente dos grupos de legislaciones sobre procreación asistida, con posiciones opuestas. En el primer grupo están los países que tienen una normatividad en la que prima el libre acceso a técnicas de reproducción asistida; ejemplo de legislaciones de este tipo son: la ley española, una de las leyes más abierta y progresista,<sup>83</sup> y

---

<sup>80</sup> Las expresiones “origen *genético*” y “origen *biológico*” no son exactamente equivalentes. La primera se refiere a la llamada herencia genética, o patrimonio genético; el extraordinario progreso de la técnica ha favorecido el acceso al conocimiento de este origen desde que, cuando existe material indubitado, la probabilidad de llegar a la información exacta es hoy muy elevada. La expresión “origen biológico” abarca, además del dato genético, otros aspectos comprensivos de la vida (bio) de una persona, tales como los vínculos afectivos trabados con otras personas (abuelos, hermanos, etcétera), que integran su propia historia. Kemelmajer de Carlucci, Aída Rosa, *Enciclopedia de bioderecho* disponible en: <http://enciclopedia-bioderecho.com/voces/242>.

<sup>81</sup> Artículo 4o. “...En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez....”.

<sup>82</sup> Artículo 3o. “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

<sup>83</sup> En 1988 España promulgó su primera ley de reproducción asistida. Pocos eran los países en Europa y el mundo que contaban con una normatividad sobre la materia. Esta

la inglesa. En el segundo grupo, la normatividad privilegia la protección de la vida embrionaria, y su corte es más conservador. Este tipo de legislación es la que han adoptado en Alemania, Italia, Austria y Suiza.<sup>84</sup>

## V. COBERTURA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA A NIVEL GLOBAL

Las cifras sobre disponibilidad de servicios para tratamiento de la infertilidad son muy variadas, no sólo en América Latina, sino a nivel mundial. Con algunas excepciones, los países desarrollados han reconocido que la infertilidad es una condición médica, y han incluido disposiciones dentro de las políticas nacionales de salud para cubrir el tratamiento de la infertilidad. Por otro lado, sus regulaciones gubernamentales pueden negar el acceso a algunos servicios específicos o determinado grupo de personas. Estas restricciones han propiciado un aumento en el llamado “turismo reproductivo”,<sup>85</sup> las parejas o los individuos van a otros países para recibir lo que no pueden conseguir en su país.<sup>86</sup>

---

ley pretendió buscar el equilibrio entre la dignidad humana, y el progreso científico; sin embargo, los avances en la ciencia son constantes; es por ello que en 2003 modificó su legislación, que pasados algunos años también resultó insuficiente y limitante, motivo por el cual promulgó la Ley 14/2006, del 26 de mayo, vigente hasta este momento. Sobre el desarrollo y análisis a la Ley 35/1998, se recomienda consultar a Gómez Sánchez, Yolanda en *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, Marcial Pons, 1994. Sobre el contenido y análisis de la Ley 14/2006, se sugiere consultar la obra de Lledó Yagüe, Francisco *et al.*, *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, 26 de mayo)*, Madrid, Dykinson, 2007.

<sup>84</sup> Suárez Ávila, Alberto Abad, *op. cit.*, p. 197.

<sup>85</sup> En términos generales, el “turismo reproductivo” puede definirse como el desplazamiento de un individuo o pareja desde su país de origen a otro país, para acceder a las TRA. El fenómeno se identifica con el desplazamiento de posibles receptores de TRA desde una institución, jurisdicción o país donde una técnica en concreto no se encuentra disponible, a otra institución, jurisdicción o país donde pueden obtenerla. La expresión “turismo reproductivo” resulta, en cualquier caso, difícil de armonizar con la idea de “turismo” como viaje de placer, aunque guarda coherencia con la definición cada vez más utilizada de turismo como industria, y deviene una manifestación más del fenómeno globalizador. Lamm, Eleonora, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Universidad de Barcelona, 2013, pp. 21 y 22.

<sup>86</sup> En varios países de Europa Occidental el uso de gametos y el acceso a servicios de infertilidad a mujeres lesbianas, solteras o posmenopáusicas puede ser negado.

De acuerdo con los datos registrados en el reporte del IFFS,<sup>87</sup> la prestación de asistencia reproductiva ha experimentado un crecimiento constante en los últimos años debido a una mejor comprensión de las causas de infertilidad y al aumento en las oportunidades de hacer uso de procedimientos de fertilización *in vitro* en un mayor número de países en todo el mundo. Pese al avance en la materia, este informe revela la brecha existente entre la necesidad de servicio y el apoyo financiero de los Estados y asegurados. Sobre el tópico “financiamiento gubernamental basado en el estado de fertilidad”, 37 países, de setenta que respondieron la encuesta, informaron que en su país se proporciona cobertura para tratamientos de infertilidad. De los 46 países que reportaron proveen en algún nivel financiamiento gubernamental, 34 tienen un plan nacional, nueve planes regionales, y cuatro planes locales.

Los problemas de acceso a los servicios de infertilidad en el mundo son diferentes; así, en los países en desarrollo los impedimentos para el acceso puede deberse a restricciones sociales y culturales. La religión puede desempeñar un papel en la negativa o restricción al acceso para el tratamiento de la fertilidad tanto en países en desarrollo como en países industrializados;<sup>88</sup> por ejemplo, en Latinoamérica la religión católica ejerce considerable presión moral a los legisladores y al público para que impidan el acceso a la fertilización *in vitro*.<sup>89</sup> La postura de la Iglesia católica en este tema es clara. Según la Congregación para la Doctrina de la Fe, el ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde la concepción. En consecuencia, a partir de ese momento tiene derechos como persona. Desde hace más de un siglo la Iglesia católica ha manifestado su rechazo respecto al uso de TRA.<sup>90</sup>

Otro factor importante en el acceso a los centros de tratamiento de la infertilidad es el relativo al costo; en los países en desarrollo, que operan fuera de los servicios de salud financiados por el gobierno, sólo podrán acceder a esos servicios aquellas personas que cuentan con recursos para pagarlos. El alto costo a nivel mundial de las técnicas de reproducción asistida es un problema internacional que afecta a muchos países. Existen

---

<sup>87</sup> International Federation of Fertility Societies, *op. cit.*, p. 11.

<sup>88</sup> Facio, Alda, *op. cit.*, pp. 27-30.

<sup>89</sup> Nachtigall, Robert D., *op. cit.*, p. 873.

<sup>90</sup> Mendoza, Héctor A., *La reproducción humana asistida. Un análisis desde la perspectiva jurídica*, México, Fontamara-Universidad Autónoma de Nuevo León, 2011, pp. 171 y 172.

grandes disparidades en la disponibilidad, calidad y prestación de servicios de infertilidad entre las naciones desarrolladas y en desarrollo en el mundo. Dependiendo de la política nacional de salud de un país, el costo para el consumidor puede variar de 0 a 100% del costo total. Esta situación deja desprotegido a un sector de la población, que demanda servicios médicos para el tratamiento de su infertilidad,<sup>91</sup> aspecto que en muchos casos se convierte en una barrera en términos de accesibilidad a los servicios de salud, toda vez que podrían acceder a los tratamientos de reproducción asistida quienes tengan recursos económicos para financiarlos, situación que genera una discriminación de la población desfavorecida económicamente.

En Argentina,<sup>92</sup> la ley incluye en el Programa Médico Obligatorio los procedimientos y las técnicas de reproducción médicamente asistida, entre ellos la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida, y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca el Ministerio de Salud de la Nación, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, que no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o al estado civil de los destinatarios.<sup>93</sup>

---

<sup>91</sup> Nachtigall, Robert D., *op. cit.*, p. 873.

<sup>92</sup> Previa a la sanción de la ley argentina de 2013, en Buenos Aires se sancionó en 2010 una Ley de Fertilización, que tiene por objeto reconocer la infertilidad como enfermedad y la cobertura médica integral de las prácticas médicas a través de las técnicas de fertilización homóloga. Ley 14208, disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/216700/norma.htm>.

<sup>93</sup> Decreto 956/2013. Ley 26.862. Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. Reglamentación. “Artículo 8o. Cobertura. Quedan obligados a brindar cobertura en los términos de la presente reglamentación y sus normas complementarias los Agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud enmarcados en las Leyes No. 23.660 y No. 23.661, las Entidades de Medicina Prepaga (Ley No. 26.682), el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (Ley No. 19.032), la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, el Instituto de Obra Social de las Fuerzas Armadas, las Obras Sociales Universitarias (Ley No. 24.741), y todos aquellos agentes que brinden servicios médico asistenciales independientemente de la forma jurídica que posean. El Sistema de Salud Público cubrirá a todo argentino y



Argentina es el primer país en América Latina que brinda este servicio de fomento a la fertilidad a través de la salud pública. Previo a la sanción de la ley, diferentes tribunales de ese país se pronunciaron sobre aspectos relacionados con la cobertura médica. Algunos de los argumentos a favor fueron que si el acceso a las técnicas de reproducción asistida constituye un aspecto del derecho a la salud no puede encontrarse reservado a las personas que poseen los medios socioeconómicos para solventar los tratamientos más sofisticados y eficaces contra la esterilidad, y resultar vedado para quienes carecen de recursos suficientes; no cubrir los procedimientos necesarios para realizar estos procedimientos constituiría discriminación por razón socioeconómica.<sup>94</sup>

Por otra parte, la normatividad en Uruguay establece que el Estado debe garantizar “que las técnicas de reproducción humana asistida queden incluidas dentro de las prestaciones del Sistema Nacional Integrado de Salud”.<sup>95</sup> Dentro de los programas integrales de asistencia se contempla la cobertura de técnicas de baja complejidad, y serán financiados por éste cuando la mujer no sea mayor de cuarenta años. Con relación a técnicas o procedimientos de alta complejidad, la normatividad establece que serán parcial o totalmente subsidiados hasta un máximo de tres intentos, a través del Fondo Nacional de Recursos, con el alcance y condiciones que establecerá la reglamentación. Ambas prestaciones incluyen los estudios para el diagnóstico de la infertilidad, así como el tratamiento, el asesoramiento y la realización de los procedimientos terapéuticos de reproducción humana asistida de alta y baja complejidad, las posibles complicaciones que se presenten y la medicación correspondiente en todos los casos.

---

a todo habitante que tenga residencia definitiva otorgada por autoridad competente, y que no posea otra cobertura de salud...”

<sup>94</sup> Para consultar el tratamiento judicial en torno a la cobertura de procedimientos de reproducción asistida en Argentina, destacándose los principales fundamentos a favor y en contra de obligar a las obras sociales a solventar los gastos que se derivan de este tipo de prácticas, en especial las de alta complejidad, véase Herrera, Marisa; De la Torre, Natalia *et al.*, “Cubrir y descubrir la lógica de la doctrina jurisprudencial en materia de técnicas de reproducción asistida”, *SJA* 2013/05/01-13; *JA* 2013-II, 2013.

<sup>95</sup> Ley 19.167. Técnicas de Reproducción Humana Asistida. “Artículo 3o. (Deber del Estado). El Estado garantizará que las técnicas de reproducción humana asistida queden incluidas dentro de las prestaciones del Sistema Nacional Integrado de Salud con el alcance dispuesto en la presente ley. Asimismo, promoverá la prevención de la infertilidad combatiendo las enfermedades que la puedan dejar como secuela, así como la incidencia de otros factores que la causen”.

Por su parte, las instituciones de salud pública en México que ofrecen a sus beneficiarios procedimientos de reproducción asistida cuentan con infraestructura y financiamiento limitados.<sup>96</sup> La mayoría de las instituciones atienden problemas de infertilidad a través de procedimientos de baja complejidad.<sup>97</sup> Los hospitales públicos que cuentan con un programa de reproducción asistida y realizan procedimientos de baja y alta complejidad son el Instituto Nacional de Perinatología “Isidro Espinoza de los Reyes” (INper); el Centro Médico Nacional (CMN) “20 de Noviembre” del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores (ISSSTE); Hospital Central Sur de Alta Especialidad, de Pemex y el Hospital Materno Perinatal “Mónica Pretelini Sáenz”.

En el INper atienden a personas no aseguradas por alguna otra institución, y a través del Departamento de Trabajo Social se evalúa el contexto socioeconómico del paciente para determinar la cuota de recuperación que deberá aportar, para lo cual además se tomará en cuenta el costo de los servicios. Las cuotas se fundan en principios de solidaridad social, y guardan relación con los ingresos del paciente; sólo en caso de que el usuario carezca de recursos se le puede eximir del pago. El costo aproximado de un procedimiento de baja complejidad es de cinco mil pesos, y de alta complejidad 29 mil pesos. En ambos casos se requiere la aplicación de medicamentos para la estimulación ovárica, que deben adquirirse por la paciente. La cantidad de medicamentos dependerá de la respuesta de la usuaria.<sup>98</sup>

Por otra parte, en el CMN “20 de Noviembre” del ISSSTE se desconoce el costo unitario aproximado de los procedimientos de reproducción asistida —baja y alta complejidad— que se practican en ese hospital, debido a que este tipo de servicios no forman parte del Catálogo Nacional de Servicios, Intervenciones, Auxiliares de Diagnóstico y Tratamiento y Tarifas Máximas Referenciales del Sector Salud.<sup>99</sup>

Es importante observar que algunos establecimientos de salud públicos y privados miden la eficiencia de sus procedimientos de reproducción

<sup>96</sup> González Santos, Sandra, *op. cit.*

<sup>97</sup> Instituto Mexicano del Seguro Social, CMN “20 de Noviembre” del ISSSTE, Hospital Central Sur de Alta Especialidad de Pemex, Hospital de la Mujer, Hospital Materno Perinatal “Mónica Pretelini Sáenz” y Hospital Juárez de México.

<sup>98</sup> Sistema de Acceso a la Información Pública: Infomex, folio 1225000009017

<sup>99</sup> *Ibidem*, folio 0063700062514.

asistida con base en referencias de otros países.<sup>100</sup> Lo óptimo sería que todos los centros contaran con indicadores propios para medir la eficiencia real obtenida por el establecimiento. Las tasas de éxito obtenidas por cada centro deberían ser públicas, para que los usuarios puedan decidir de manera informada el establecimiento al que desean acudir para ser atendidos.

Continuando con los hospitales públicos en México, el hospital de Pemex no cuenta con un programa de reproducción asistida; sin embargo, de existir candidatas a técnicas de alta complejidad se valoran los casos para su envío a un prestador de servicios contratado, a través de un proceso de licitación pública. La última contratación que hizo fue en 2013, por un monto de 2.678,000 pesos, y se realizaron 93 procedimientos de alta complejidad.<sup>101</sup> Por último, en febrero de 2015 se inauguró la clínica de infertilidad en el Hospital Materno Perinatal “Mónica Pretelini Sáenz”, dependiente de la Secretaría de Salud del estado de México, en el que atienden a los afiliados al seguro popular del Instituto de Salud del Estado de México.<sup>102</sup> En agosto de 2016 nació la primera bebé concebida en este centro a través de la fertilización *in vitro*.<sup>103</sup>

Aunado a que son pocos los hospitales públicos en México que ofrecen a sus beneficiarios servicios de reproducción asistida —alta complejidad—, la ausencia de una normatividad específica que regule los aspectos de la reproducción humana asistida promueve que las instituciones de salud pública y privada operen conforme a criterios internos, situación que provoca inseguridad jurídica tanto del personal médico como de los pacientes. Los criterios de admisión a los programas de reproducción asistida que establecen la mayoría de los hospitales públicos en México, muchas veces vulneran derechos humanos, por tratarse de requisitos o limitaciones que implican exclusiones discriminatorias.<sup>104</sup> Otro aspecto que

<sup>100</sup> *Ibidem*, folio: 1225000004816. *Ibidem*, folio: 0063700517416.

<sup>101</sup> *Ibidem*, folio: 1857200288816.

<sup>102</sup> Sistema de Acceso a la Información Mexiquense: Saimex, folio 0068/ISEM/IP/2017.

<sup>103</sup> Montaña, Ma. Teresa, “Clínica de fertilidad. Una fábrica de sueños mexiquense”, *El Universal* [México], 9 septiembre 2016, disponible en: <http://www.eluniversal.com.mx/articulo/metropoli/edomex/2016/09/5/clinica-de-fertilidad-una-fabrica-de-suenos-mexiquenses>.

<sup>104</sup> Requisitos de ingreso INPER: mujeres: 35 años y hombres 55 años máximo, presentar acta de matrimonio o constancia de situación civil, vida sexual durante un año o más sin anticoncepción y sin haber logrado embarazo, contar con estudio previo de

resulta importante destacar es que en ninguna institución de salud pública se realizan procedimientos de baja y alta complejidad con gametos o embriones donados; esto debido a que no existe normatividad.<sup>105</sup>

La falta de una ley que establezca los usos admitidos y prohibidos de estas técnicas implica que los responsables de los establecimientos en los que se realizan TRA deban tomar decisiones sin una regla externa que fije los límites. Al respecto, Florencia Luna señala:

Así puede señalarse que no existen objeciones contundentes en contra de estas técnicas desde una visión general del tema. Sin embargo, además de los argumentos generales a favor y en contra de estas técnicas, es necesario individualizar cada técnica, reflexionar cuidadosamente sobre cada una de

---

esterilidad y presentar estudios que apoyen el diagnóstico de esterilidad, los casos en los que la pareja presente azoospermia (falta de espermatozoides), no podrán ser atendidos en el Instituto.

Requisitos de ingreso CMN “20 de Noviembre”: mujeres 35 años y hombres 55 años máximo, parejas constituidas legalmente (presentar acta de matrimonio o concubinato), pacientes sin anomalías genéticas heredables a sus hijos, que la pareja no presente alguna enfermedad concomitante, realizarán una consulta preconcepcional para evaluar el riesgo potencial de embarazo, pacientes con IMC menor a 30, en caso de ser mayor se le enviará al programa de obesidad e infertilidad y una vez que reduzca peso será ingresada al programa de infertilidad en la pareja, con un hijo o ninguno. Sobre los criterios de admisión a programas de reproducción asistida en hospitales públicos en México, véase Esparza Pérez, R. Verónica, *op. cit.*

En el Hospital de la Mujer, unidad de salud centralizada, dependiente de la Dirección General de Coordinación y Desarrollo de Hospitales de Referencia, si bien no se realizan técnicas de reproducción asistida de alta complejidad, desde 2010 que se creó el programa de reproducción asistida han efectuado 722 procedimientos de baja complejidad. En este hospital, los criterios de admisión a su programa de reproducción asistida están apegados a aspectos médicos, los que difícilmente podrían constituir una exclusión discriminatoria, y en consecuencia vulnerar derechos humanos. Sus criterios de admisión son: a) edad mínima en la mujer y el hombre dieciocho años y edad máxima de la mujer de acuerdo con reserva ovárica y hombre de acuerdo con el resultado de espermatobioscopía directa; b) valoración de riesgo pregestacional; c) exámenes de laboratorio mínimos (especifican cuáles se deberán realizar); d) todo paciente con antecedentes de infección por hepatitis B y C, virus de inmunodeficiencia humana (HIV), toxoplasma, rubeola, citomegalovirus, herpes y sífilis deben realizarse exámenes de laboratorio correspondientes para valorar su estado actual; f) no presentar enfermedades crónico-degenerativas, problemas metabólicos descompensados; g) no presentar adicciones. Sistema de Acceso a la Información Pública. Infomex: folio 000120001767.

<sup>105</sup> Solicitud de Información Pública. Infomex, folio 0063700028817. Solicitud de Información Pública. Infomex, folio 1225000000617



ellas y tener en cuenta problemas de implementación de estas prácticas así como que un adecuado marco legal puede ayudar a evitar que se haga un mal uso de estas técnicas pensadas primariamente para ayudar a superar el problema de la infertilidad.<sup>106</sup>

El acceso a la reproducción humana asistida involucra el ejercicio de diversos derechos humanos, entre ellos el derecho a la protección de la salud, a la autonomía reproductiva, a la igualdad, a la no discriminación, a fundar una familia y a beneficiarse de los avances científicos, todos derechos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en tratados internacionales que México ha ratificado.<sup>107</sup> Ello no implica que se utilicen recursos públicos desmedidamente para atender este rubro, sino que se busque que este servicio esté disponible en forma progresiva y gradual,<sup>108</sup> aunado a que los criterios de admisión a sus programas no constituyan requisitos que vulneren derechos humanos.

---

<sup>106</sup> Luna, Florencia, “Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina”, en Facio, Alda, *op. cit.*, pp. 27

<sup>107</sup> Pedro Morales Aché refiere: “Es indiscutible que la fecundación «in vitro» tiene pleno sustento constitucional en nuestro país, en la medida en que es un medio para hacer efectiva la libertad reproductiva (en todos los casos), y el derecho a la protección de la salud (tratándose de personas con problemas de esterilidad o infertilidad o cuando se pretende evitar la transmisión de una enfermedad), y que también es una manifestación del derecho de toda persona a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, reconocido en el artículo 15, parágrafo 1, inciso b, del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”. Morales Aché, Pedro, “Los derechos reproductivos desde la perspectiva constitucional”, en Vázquez, Rodolfo (coord.), *Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales*, México, Fontamara, 2012.

<sup>108</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 14 (2000), El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000 párr. 12 b. Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:

i) No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos...

iii) Accesibilidad económica (asequibilidad): los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad

Por último, en Colombia, pese a que desde 1985 se practican las técnicas de reproducción asistida, no cuenta con una normatividad que las regule de manera integral. Los tribunales de este país han sido bastante reticentes en autorizar el acceso a la fertilización *in vitro*, a modo de cobertura, estableciendo así el carácter excepcional de estas decisiones. Pese a los antecedentes jurisprudenciales de los tribunales, la Corte Constitucional de Colombia en 2015 emitió la sentencia T-274/15, sobre el derecho a la salud reproductiva y la fertilización *in vitro*. En este fallo la Corte ordena al Ministerio de Salud y Protección Social que inicie los estudios de impacto fiscal sobre la inclusión de los tratamientos de reproducción asistida en el Plan Obligatorio de Salud.<sup>109</sup>

A modo de conclusión y volviendo a la multicitada sentencia de la Corte IDH sobre el *caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, en la que se establece que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos, el Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares condiciones personales o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad.<sup>110</sup>

En definitiva, si el derecho niega la realidad, no por ello dejará de ser realidad; es conveniente hacer una revisión de la situación que tienen que enfrentar las personas infértiles que necesitan recurrir a TRA. Es obligación de los Estados contar con una regulación integral en materia de reproducción humana asistida que sea respetuosa de los derechos humanos, garantice y proteja la actividad de los profesionales de la salud y propicie el avance de la ciencia. Es preciso establecer el marco legal adecuado para

---

exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos.

<sup>109</sup> Sentencia T-274/15, Acción de Tutela y Tratamiento de Fertilidad-Reiteración de jurisprudencia sobre su procedencia excepcional en los casos establecidos por la Corte Constitucional, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-274-15.htm>.

<sup>110</sup> *Caso Artavia Murillo y Otros (“Fertilización in vitro”) vs. Costa Rica*, excepciones preliminares, fondo y reparaciones y costas, 28 de noviembre de 2012, epígrafe D.2 a) Discriminación indirecta en relación a la condición de discapacidad, párrafo 292.

regular correctamente los avances científicos para que los establecimientos de salud tanto públicos como privados dirijan su actuación con apego a derecho y se garantice un acceso justo, equitativo y con un trato digno y de calidad, se respeten los derechos humanos de todos los sujetos que intervienen, en especial el de los menores.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

### 1. Libros

ANDORNO, Roberto, “Técnicas de procreación asistida”, en BRENA Y SESMA, Ingrid y TOBOUL, Gérard (coords.), *Hacia un instrumento regional internacional sobre la bioética. Experiencias y expectativas*, México, UNAM, 2009.

BARBIERI, Robert L., “Female Infertility”, en YEN and JAFFE’S, *Reproductive Endocrinology: Physiology, Pathophysiology, and Clinical Management*, Philadelphia, Saunders Elsevier, 2006.

BRENA, Ingrid, “La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Artavia Murillo y otros fecundación in vitro*) vs. *Costa Rica*. Un avance en el pensamiento laico en Latinoamérica”, en CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel; FIX-FIERRO, Héctor Felipe; VALADÉS, Diego (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudio homenaje a Jorge Carpizo. España Derechos Humanos*, t. V, vol. 1, México, UNAM, 2015.

CANO VALLE, Fernando *et al.*, *Medicina y estructuras jurídico-administrativas en México. Hacia la reforma integral del sistema de salud mexicano*, México, UNAM, 2014.

CORCÓSTEGUI ORMAZÁBAL, Beatriz, “Registro nacional de actividad y resultados de los centros y servicios de reproducción asistida”, en LLEDÓ YAGÜE, Francisco *et al.*, *Comentarios científico-jurídico a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, 26 de mayo)*, Madrid, Dykinson, 2007.

FACIO, Alda, *Los derechos reproductivos son derechos humanos*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, Marcial Pons, 1994.



- GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica, “Los derechos del niño en la reproducción asistida”, en BRENA, Ingrid (coord.), *Reproducción asistida*, México, UNAM.
- LUNA, Florencia, “Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina”, en FACIO, Alda, *Los derechos reproductivos son derechos humanos*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008.
- LLEDÓ YAGÜE, Francisco *et al.*, *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, 26 de mayo)*, Madrid, Dykinson, 2007.
- MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, Víctor Manuel, “La salud como derecho humano. Una promesa incumplida”, *Historia y Constitución. Homenaje a José Luis Soberanes Fernández*, t. II, México, UNAM, 2015.
- MENDOZA, Héctor A., *La reproducción humana asistida. Un análisis desde la perspectiva jurídica*, México, Fontamara-Universidad Autónoma de Nuevo León, 2011.
- MORALES ACHÉ, Pedro, “Los derechos reproductivos desde la perspectiva constitucional”, en VÁZQUEZ, Rodolfo (coord.), *Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales*, México, Fontamara, 2012.
- SUÁREZ ÁVILA, Alberto Abad, *Laicidad y derechos reproductivos en la jurisdicción constitucional latinoamericana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.
- TORRE MARTÍNEZ, Carlos de la, *El derecho a la no discriminación en México*, México, Porrúa-CNDH, 2006.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto Tecnológico Autónomo de México-Centro de Estudios de Actualización en Derecho, 2015.

## 2. Revistas

- BRENA, Ingrid, “La fecundación asistida, ¿historia de un debate interminable? El informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. XII, 2012.

- ESPARZA, Rosa Verónica, “La depreciación de los derechos humanos y la regulación de la reproducción humana asistida en México”, *Gaceta Médica de México*, [en prensa].
- GONZÁLEZ SANTOS, Sandra P., “From Esteriology to Reproductive Biology: The Story of the Mexican Assisted Reproduction Business”, *Reproductive, Biomedicine and Society*, vol. 2, 2016.
- HERRERA, Marisa *et al.*, “Cubrir y descubrir la lógica de la doctrina jurisprudencial en materia de técnicas de reproducción asistida”, *SJA* 2013/05/01-13; *JA* 2013-II, 2013.
- IZQUIERDO, María de Jesús, “Ideología individualista y técnicas procreativas”, *Debate Feminista*, México, UNAM, vol. 8, 1993.
- KABLY AMBE, Alberto *et al.*, Consenso Nacional Mexicano de Reproducción Asistida, *Ginecol. Obstet. Mex.*, 2012; 80(9):581-624,
- LAMM, Eleonora, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Universidad de Barcelona, 2013.
- LARSEN, Ulla, “Research on Infertility: Wich Definition Should we Use?”, *Fertility and Sterility*, vol. 83, núm. 4, abril de 2005.
- MAHLSTEDT, Patricia P. (ed. D.), “The Psychological Component of Infertility”, *Fertility and Sterility*, 1985, vol. 43, núm. 3.
- MORENO ROSSET, Carmen *et al.*, “La psicología de la reproducción: la necesidad del psicólogo en las unidades de reproducción humana”, *Clinica y Salud*, Madrid, 2009, vol. 20, núm. 1.
- NACHTIGALL, Robert D., “International Disparities in Access to Infertility Services”, *Fertility and Sterility*, vol. 85, núm. 4, abril de 2006.
- ORTIZ MOVILLA, R., ACEVEDO MARTIN, B., “Reproducción asistida y salud infantil”, *Rev. Pediatr. Aten. Primaria*, vol. 12, núm. 48, Madrid, oct/dic. de 2010.

### 3. Documentos electrónicos

*American Society for Reproductive Medicine*, disponible en: <http://www.reproductivefacts.org/topics/topics-index/infertility/>.

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).

- Glosario de Terminología en Técnicas de Reproducción Asistida*, disponible en: [http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art\\_terminology\\_es.pdf?ua=1](http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1).
- Infertility as Disability*, disponible en: <http://www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/definitions/en/>.
- INTERNATIONAL FEDERATION OF FERTILITY SOCIETIES (IFFS) Surveillance 2016, disponible en: <http://www.iffs-reproduction.org/?page=Surveillance>.
- INFORME GRUPO DE INFORMACIÓN EN REPRODUCCIÓN ELEGIDA, “Niñas y mujeres sin justicia. Derechos reproductivos en México”, México, 2015, disponible en: <http://informe2015.gire.org.mx/#/inicio>.
- INFORME GRUPO DE INFORMACIÓN EN REPRODUCCIÓN ELEGIDA, “Gestación subrogada en México. Resultado de una mala regulación”, 2017, disponible en: <https://gire.org.mx/gestacion-subrogada-en-mexico/>.
- INFORME DE ACTIVIDADES DE LA COMISIÓN NACIONAL DE BIOÉTICA, en torno al marco regulatorio de la reproducción humana asistida, disponible en: <http://www.conbioetica-mexico.salud.gob.mx/descargas/pdf/Informe.pdf>.
- ISA, Luciana, *Deseamos hijos, pero no los tenemos, ¿en qué lugar nos ubicamos? Construcciones de sentido en torno a la infertilidad. Relatos de mujeres que quieren ser madres*, tesis doctoral, Facultad de Periodismo y Comunicación Social, Universidad Nacional de Plata, 2017, disponible en: [http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/59875/Documento\\_completo.pdf-PDFAU.pdf?sequence=3](http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/59875/Documento_completo.pdf-PDFAU.pdf?sequence=3).
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída Rosa, *Enciclopedia de Bioderecho*, disponible en: <http://enciclopedia-bioderecho.com/voces/242>.
- MONTAÑO, Ma. Teresa, “Clínica de fertilidad. Una fábrica de sueños mexiquense”, *El Universal* [México], 9 septiembre de 2016, disponible en: <http://www.eluniversal.com.mx/articulo/metropoli/edomex/2016/09/5/clinica-de-fertilidad-una-fabrica-de-suenos-mexiquenses>.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, disponible en: <http://www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/definitions/en/>.
- PALACIOS, César, “Una ley que prohíbe embarazos y trasplantes”, *Animal Político*, México, 14 de diciembre de 2016, disponible en: [animalpolitico.com/blogeros-una-vida-examinada-reflexiones-bioeticas/2016/12/14/una-propuesta-ley-prohibe-embarazos-trasplantes/](http://animalpolitico.com/blogeros-una-vida-examinada-reflexiones-bioeticas/2016/12/14/una-propuesta-ley-prohibe-embarazos-trasplantes/).

SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD, Registro Nacional de Actividad 2014, “Informe estadístico de Técnicas de Reproducción Asistida 2014”, disponible en: [https://www.registrosef.com/public/docs/sef2014\\_IAFIV.pdf](https://www.registrosef.com/public/docs/sef2014_IAFIV.pdf).

RESOLUCIÓN DE LA ASOCIACIÓN MÉDICA MUNDIAL SOBRE TECNOLOGÍAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. Adoptada por la 57a. Asamblea General de la AMM, Pilanesberg, Sudáfrica, octubre 2006, disponible en: <https://www.wma.net/es/polices-post/resolucion-de-la-amm-sobre-las-tecnologias-de-reproduccion-asistida/>.

VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, “Reproducción asistida”, *Enciclopedia de biode-recho y bioética*, Romeo Casabona, Carlos María (dir.), disponible en: <http://enciclopedia-bioderecho.com/voces/278>.

#### 4. Sentencias y documentos internacionales

Conferencia Mundial de la Mujer en Beijing.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIADH), *caso Artavia Murillo y Otros (“Fertilización in vitro”) vs. Costa Rica*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 28 de noviembre de 2012.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Consenso de Montevideo sobre Población y Desarrollo, 2013.

Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Observación general núm. 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Sentencia T-274/15, Acción de tutela y tratamiento de fertilidad-Reiteración de jurisprudencia sobre su procedencia excepcional en los casos establecidos por la Corte Constitucional de Colombia.



Ciudad de México, a 17 de diciembre de 2019

A quien corresponda:

Por este medio, manifiesto mi aceptación para que Rosa Verónica Esparza Pérez presente, para el proceso de su tesis doctoral por compilación de publicaciones en la UNED, el artículo titulado "El anclaje jurídico ante las técnicas de reproducción humana asistida en México", publicado en el Boletín Mexicano de Derecho Comparado, número 151, enero-abril 2018, del cual el que suscribe es coautor.

Asimismo, expreso mi renuncia a presentar el citado trabajo como parte de otra u otras tesis doctorales.

Atentamente



Doctor Fernando Cano Valle

Profesor titular "C" de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas,  
UNAM.

ccp. Rosa Verónica Esparza Pérez. Doctoranda de la UNED.

**Anexo 3.** “Regulación de la donación de gametos y embriones en las técnicas de reproducción humana asistida. ¿anónima o abierta?”

# Regulación de la donación de gametos y embriones en las técnicas de reproducción humana asistida: ¿anónima o abierta?

Rosa Verónica Esparza-Pérez

Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, España

## Resumen

*El uso de gametos y embriones donados en técnicas de reproducción humana asistida hace necesario examinar intereses que implican consideraciones éticas y jurídicas relevantes, y estos incluyen los derechos de autonomía y privacidad de los padres de intención, el derecho a la privacidad de los donantes y el derecho de los menores a conocer su origen genético. En este artículo se exponen argumentos para considerar políticas de mayor apertura para la obtención de información de los donantes en aras de proteger el interés superior del niño y la niña a conocer sus orígenes genéticos. Concluye con la problemática en México, donde desde hace varios años se realizan técnicas de reproducción humana asistida con gametos donados, sin embargo, debido a la ausencia de una normatividad que regule estos procedimientos, cada establecimiento impone sus criterios para el funcionamiento de sus programas.*

**PALABRAS CLAVE:** *Identidad genética. Interés superior del niño y la niña. Donación de gametos y embriones.*

## Abstract

*The use of donated gametes and embryos in assisted reproduction techniques (ART) makes it necessary to examine interests that involve relevant ethical and legal considerations, which include the autonomy and privacy rights of the intended parents, donors' right to privacy and the right of the minors to know their genetic origin. This article presents arguments to consider policies of more openness to obtain information from donors in order to protect the child's best interest in knowing his/her genetic origins. It concludes with the situation in Mexico, where ART has been carried out with donated gametes since several years ago; however, due to the absence of regulations to control these procedures, each establishment imposes its own criteria for the operation of its programs.*

**KEY WORDS:** *Genetic identity. Child's best interest. Gamete and embryo donation.*

### Correspondencia:

Rosa Verónica Esparza-Pérez

E-mail: [esparzaveronica@hotmail.com](mailto:esparzaveronica@hotmail.com)

Fecha de recepción 23 02 2018

Fecha de aceptación 28 08 2018

DO 10 24875/GMM 18004248

Gac Med Mex 2019;155 3 14

Disponible en PubMed

[www.gacetamedicademexico.com](http://www.gacetamedicademexico.com)



## Introducción

Antes de la aparición de las técnicas de reproducción asistida (TRHA) solo existía la procreación por medios naturales, a través del coito; por ello, necesariamente lo biológico comprendía lo genético, ante la imposibilidad de disociarlo. Ahora, con los procedimientos de reproducción humana asistida, lo biológico ya no comprende forzosamente lo genético; ni lo genético, lo biológico. Actualmente el aporte puede ser exclusivamente genético, es el caso de las TRHA heterólogas, con material genético proveniente de donadores.

Las TRHA incluyen el manejo *in vitro* de ovocitos humanos, espermatozoides y embriones para el propósito de la reproducción. Esto incluye, pero no se limita, fertilización *in vitro*, transferencia de embriones, inyección intracitoplásmica, biopsia embrionaria, prueba genética de preimplantación, eclosión asistida, transferencia intrafalopiana de gametos, transferencia intrafalopiana de cigotos, gametos y crioconservación de embriones, semen, donación de ovocitos y embriones, y ciclos de portadoras gestacionales. Por lo tanto, las TRHA no incluye a la inseminación artificial utilizando semen de la pareja de la mujer o de un donador.<sup>1</sup>

El desarrollo de las TRHA y la disposición de las personas a donar sus gametos y embriones para el tratamiento de otros ha hecho posible que muchas personas puedan tener descendencia. Tan solo en el Reino Unido, entre 1992 y 2009 fueron concebidos 31 000 niños con gametos donados.<sup>2</sup> En Estados Unidos, en los últimos 20 años, los nacimientos por donaciones de gametos aumentaron de 30 000 a 60 000, sin embargo, estas cifras son solo estimaciones debido al limitado sistema de registros.<sup>3</sup>

A medida que la cesión de células germinales se vuelve más común, se hace necesario examinar intereses que implican consideraciones éticas y jurídicas relevantes, y estos incluyen los derechos de autonomía y privacidad de los padres de intención, el derecho a la privacidad de los donantes y el derecho de los menores a conocer su origen genético.<sup>4</sup> En este punto es necesario tener en cuenta que las expresiones origen *genético* y origen *biológico* no son exactamente equivalentes: la primera se refiere a la llamada herencia genética, o patrimonio genético; el extraordinario progreso de la técnica ha favorecido el acceso al conocimiento de este origen desde que, cuando existe material indubitado, la probabilidad de llegar a la información exacta es hoy muy elevada. La

expresión origen biológico abarca, además del dato genético, otros aspectos comprensivos de la vida (bio) de una persona, tales como los vínculos afectivos trabados con otras personas (abuelos, hermanos, etcétera), que integran su propia historia.<sup>4</sup>

Uno de los temas más debatidos al momento de legislar ha sido, y sigue siendo, el relativo a si las TRHA heterólogas deberían realizarse en secreto y anónimamente, o bien, con mayor apertura en aras de garantizar el derecho de los hijos nacidos mediante estas donaciones a conocer su origen genético, sin intención de cuestionar la filiación ya determinada. Si bien, el anonimato sigue siendo la práctica más frecuente en el mundo, ha habido una tendencia política hacia un enfoque más abierto en la obtención de información de los donantes, con la intención de compartirla con los futuros padres y para la divulgación potencial a la futura descendencia.<sup>5</sup>

Las razones de esta transición hacia una mayor apertura respecto a la información de los donadores están basadas, entre otras, en el derecho a conocer la identidad genética como parte del derecho a la identidad primordialmente — aunque no exclusivamente — de los menores. Los casos vinculados con los derechos de las niñas y los niños son complejos debido a que esta rama del derecho debe regirse bajo principios propios, en ocasiones, diferentes a los del derecho en general, como el principio que protege el interés superior del niño.<sup>6</sup> El interés superior del niño y la niña, implica que el desarrollo de estos y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de estas en todos los órdenes relativos a su vida.<sup>7</sup> El derecho a la identidad desde la perspectiva de los derechos de la niña y el niño debe abordarse específicamente, así pues, en este artículo se aborda el derecho a la identidad genética de los niños nacidos proveniente de donantes, desde la perspectiva de los derechos del niño y la niña.

La última parte de este artículo expone el caso particular de México, donde la expansión de los centros en los que se practican procedimientos de reproducción asistida y el elevado número de niños que han sido concebidos con ayuda de estos revelan la existencia de un mercado global. Pese a ello, el legislador federal, hasta este momento, no ha adoptado una normatividad que prevea los aspectos generales del acceso y provisión de los servicios. Debido a la ausencia de reglas claras, los responsables de las clínicas, tanto públicas como privadas, operan sus programas de donación de gametos y embriones con

base en sus propios criterios, normas académicas o lineamientos emitidos en consenso por expertos, que, independientemente del profesionalismo y calidad en la atención médica, deja a los usuarios en situación de vulnerabilidad e inseguridad jurídica.

## **Conceptos identidad, datos genéticos e identidad genética**

### ***Identidad***

La Real Academia Española define el concepto de identidad como “conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás. Conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás”. Algunos autores la han definido como el “conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad [...] es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro”.<sup>8</sup> En el concepto de identidad puede incluirse tanto el derecho a conocer el origen genético como otros elementos necesarios para la determinación de la relación filial. Para este artículo, el aspecto que nos interesa será el derecho a la identidad genética.

### ***Datos genéticos***

Nuestro material genético nos acompaña desde los primeros estadios de la vida y hasta la muerte. Al realizar una serie de técnicas metodológicas es posible la extracción de cierta información específica, actualmente denominada “datos genéticos humanos”.<sup>9</sup> La potencialidad aplicativa de los datos genéticos se ha convertido en un factor relevante para diversas actividades relacionadas con la salud y la asistencia sanitaria. Los datos genéticos pueden indicar predisposiciones genéticas de los individuos —no necesariamente de carácter patológico— de importancia futura e incierta, como proporcionar información útil para el desarrollo de investigaciones científicas encaminadas a la detección y cura de enfermedades y aportar información de relevancia que puede trascender el ámbito individual para afectar a la descendencia; pueden brindar datos para el futuro, aunque la relevancia de esa información no se conozca en el momento de extraer las muestras biológicas.<sup>10</sup>

La Declaración Internacional de Datos Genéticos Humanos de la UNESCO de 2003 entiende por datos genéticos lo siguiente: “toda información sobre las

características hereditarias de las personas, obtenida por análisis de ácidos nucleicos u otros análisis científicos”. Por su parte, en la Recomendación (97) 5 del Consejo de Europa se les define como “todos los datos, con independencia de su tipo, que se refieren a las características hereditarias de una persona o al modelo de herencia de estas características de un grupo de la misma familia”.

Por ello, las técnicas de ADN revelan el carácter único de cada persona y los datos que pueden obtenerse a través de su análisis transparentan ámbitos sensibles de la vida privada y de la propia realidad física de la persona. Los datos genéticos humanos tienen condiciones especiales que los distinguen de otros, puesto que repercuten no solo en la persona de cuyos datos se trate, sino también son importantes para el conjunto de la familia, en especial para su descendencia; por ello, se considera necesario adoptar medidas para tutelar los derechos que pueden verse comprometidos con estas técnicas, entre estos el derecho a la identidad genética.

### ***Identidad genética***

Desde la identificación del ADN, la genética constituye un tipo de intimidad. Los descubrimientos en torno a este ácido han permitido alcanzar un conocimiento preciso de nuestra identidad genética. La revelación de la intimidad genética puede afectar no solo al sujeto de cuya intimidad se trate, también puede interferir en sus descendientes y otros miembros de su grupo familiar con quienes comparte ciertos rasgos genéticos.<sup>9</sup>

La Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos y de Derechos Humanos recomienda a los Estados esforzarse por proteger la privacidad de las personas y la confidencialidad de los datos genéticos humanos asociados con una persona, una familia o, en su caso, un grupo identificable. Este instrumento propone algunas reglas en que estos datos deben ser tratados, una de ellas es que los datos genéticos de una persona identificable no deben ser revelados o ser accesibles a terceras partes, excepto con el consentimiento de la persona en cuestión.

Como todos los derechos, los derechos a la privacidad y confidencialidad de los datos genéticos admiten limitantes y pueden restringirse en atención a otros derechos y bienes jurídicos,<sup>10</sup> sería el caso de los hijos nacidos mediante procedimientos de reproducción asistida con material genético donado, en quienes conocer esta información colabora a que

tengan conocimiento de su origen genético. Se considera que predomina el interés superior del menor.<sup>9</sup>

Salvo casos en los que predomine un interés superior, los datos genéticos de una persona identificable no deberán ser dados a conocer a terceros, excepto en los supuestos previstos en el derecho interno o cuando se cuente con el consentimiento de la persona a la que pertenece esa información.

## El derecho a conocer el origen genético

El avance en la medicina genómica y sus implicaciones en la salud hacen que cada vez sea más importante el conocimiento del origen genético como medio para conocer la predisposición a desarrollar enfermedades potencialmente prevenibles, (por ejemplo, modificando el estilo de vida)<sup>9</sup> y para impedir el riesgo de matrimonio o procreaciones con un pariente consanguíneo.<sup>6</sup> El levantamiento del anonimato en las TRHA heterólogas se apoya en la idea de que la protección del interés superior de los niños a conocer sus orígenes debe guiar el enfoque jurídico. En ese sentido, Irène Théry aclara:<sup>11</sup>

No quiere decir que se conceda más importancia a los intereses psicológicos de un individuo-niño que a los de otros individuos-adultos, sino más bien que se define jurídicamente la donación en reproducción asistida como un acto social que adquiere su sentido y su valor particulares por el hecho de que todas las partes implicadas contractualmente en el engendramiento deben concurrir para organizar esta en beneficio de aquel que, una vez nacido, será considerado como persona jurídica, sujeto de derechos.

El interés superior del niño se define aquí, en términos jurídicos, negativamente: como el derecho de no privar *a priori* y definitivamente de información sobre la identidad de las personas que le han permitido nacer, y de forma positiva este derecho puede formularse como tener la posibilidad de decidir si se quiere conocer o ignorar la identidad del donante.<sup>11</sup> Pero el derecho a no saber, como una manifestación de libertad frente a saber, implica que ya se tiene conocimiento del hecho que genera este derecho, que ya se sabe.<sup>12</sup>

A nivel internacional, el principio del interés superior del niño<sup>6,13</sup> se reconoce en el artículo 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual establece:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Si bien, la Convención sobre los Derechos del Niño no promueve de forma específica el derecho del niño al conocimiento de su origen, en su artículo 7 establece que el niño tendrá derecho, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y que es responsabilidad de los Estados parte velar 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. Por su parte, el artículo 8 establece que los Estados parte 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 y que cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados parte deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

El Comité de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, a cargo de supervisar la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, ha declarado la conveniencia de permitir el acceso a los orígenes genéticos, por ejemplo, en 2002 se pronunció respecto a la legislación británica y señaló:<sup>14</sup>

El Comité expresa preocupación porque los hijos nacidos fuera de matrimonio, los hijos adoptados o los nacidos mediante fertilización médicamente asistida no tengan derecho a conocer la identidad de sus progenitores biológicos.

Recomendó al Estado adoptar las medidas para que todos los niños, independientemente de las circunstancias de su nacimiento, puedan conseguir, en la medida de lo posible, información sobre la identidad de sus progenitores.<sup>14</sup>

En el marco del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, el reconocimiento del derecho a la identidad se vincula estrechamente con la desaparición forzada de personas. Son muchos los casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los cuales, si bien se aclara que no es un derecho expresamente previsto en la Convención Interamericana; su reconocimiento deriva de la interpretación sistemática de los artículos 18 (derecho al nombre) y 17 (derecho a la protección de la familia).<sup>15,16</sup> Pese a que, hasta este momento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre casos en los que se invoque el derecho a la identidad de una persona concebida mediante gametos o embriones donados, sí existe una protección del derecho a la identidad en el marco de la Convención Americana.

En el ámbito europeo, a través de varios precedentes (entre los que destacan “Gaskin vs. Reino Unido”, del 7 de julio de 1989, y “Mikulic vs. Croacia”, del 7 de febrero de 2002 y “Ebru et Tayfun Engin Çolak vs. Turquía”, del 30 de mayo de 2006), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha concluido que el respeto por la vida privada requiere que las personas puedan ser capaces de establecer detalles sobre su propia identidad como seres humanos y que, en principio, no pueden ser obstuidas por las autoridades para obtener esa información básica sin causa justificada. También ha reconocido el interés, protegido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de obtener informaciones necesarias para el descubrimiento de la verdad sobre un aspecto importante de su identidad, por ejemplo, la identidad de sus progenitores.

### **Posiciones en el derecho comparado**

La regulación y práctica de técnicas reproductivas con donación de gametos se aborda con particularidades en los diferentes países.<sup>17</sup> Este repaso a algunas regulaciones en el derecho comparado no pretende ser exhaustivo, el objetivo no es entrar en la complejidad de las diferentes normativas, sino únicamente documentar las tendencias a nivel global sobre el levantamiento del anonimato en las donaciones.

#### ***Legislaciones que reconocen el derecho del hijo a conocer la identidad del donante***

En 1984, Suecia modificó su ley para conceder a los niños nacidos de una donación de esperma el derecho a conocer la identidad de su donante una vez que alcanzan la madurez suficiente. La ley austríaca consagra el derecho del niño a partir de los 14 años, a tener conocimiento de la identidad del donante. En Finlandia, la ley permite al concebido mediante gametos o embriones donados, a partir de los 18 años, conocer la identidad del donante. En los Países Bajos, después de 15 años de debates, las donaciones dejaron de ser anónimas desde junio de 2004.<sup>11</sup> En Noruega, cualquier persona que haya nacido como resultado de la reproducción asistida utilizando esperma donado tiene el derecho a la información sobre la identidad del donante de esperma, a la edad de 18 años.<sup>18</sup> Nueva Zelanda desde 2004 suprimió el anonimato de donantes de gametos y creó un registro para el establecimiento voluntario de contactos entre donantes, receptores e hijos nacidos por reproducción asistida a fin de responder,

en la medida de lo posible, a las demandas de información relativas a los casos de donaciones previas a la ley.<sup>11</sup> Por su parte, Holanda, en el año 2000, aprobó una ley en la que solamente se permiten las donaciones no anónimas y las clínicas tienen la obligación de reclutar donadores no anónimos. Por último, en el Reino Unido,<sup>19,20</sup> a partir de una consulta pública y una posterior reforma en 2004, la Human Fertilisation and Embryology Act permite que los concebidos a partir del 1 de abril de 2005 mediante semen, óvulos o embriones donados soliciten información identificativa sobre los donantes, una vez cumplidos los 18 años.

En los países latinoamericanos, donde la regla general todavía es el anonimato del donante, Uruguay y Argentina han legislado en sentido contrario. Ninguno, sin embargo, reconoce un derecho del concebido a conocer sus orígenes genéticos, sino tan solo la posibilidad de solicitar el acceso a esa información por la vía judicial.

#### ***Legislaciones que prevén una política de doble vía***

Algunas legislaciones permiten al donante acogerse a las modalidades anónima o identificable de la donación y a los usuarios de las técnicas, utilizar gametos procedentes de uno u otro tipo de donante, o bien, condicionan el acceso a la identidad de los donantes a su consentimiento escrito. A esta política se le conoce como *double track* (doble vía)<sup>21</sup> y quienes la defienden, argumentan que tiene como ventajas la autorregulación, el bienestar de la familia en su conjunto y el reconocimiento de la pluralidad moral.

En contra de este modelo podría argumentarse que subordina el derecho a conocer los orígenes al ejercicio que haga o no el donante de su derecho a la privacidad e intimidad, otorgando mayor peso a este que al derecho de las personas a conocer sus orígenes genéticos.<sup>8,21</sup> Este sistema es el adoptado por varios territorios de Estados Unidos, donde la mayor parte de los Estados no han regulado esta cuestión y la decisión sobre el carácter anónimo o no de las donaciones depende de cada centro médico y de las preferencias de los usuarios.

#### ***Legislaciones que protegen el anonimato del donante***

La legislación española mantiene el anonimato de donantes a pesar de los cambios producidos en el



entorno europeo\*<sup>1</sup>; la ley solo permite conocer datos no identificativos del donante. Así, de acuerdo con el precepto, la regla general es que la información sobre el donante que puede obtener el concebido mediante gametos donados, por sí o por sus representantes legales, se restringe a datos muy básicos que no incluyan su identidad.

En Francia, el anonimato es regla general. El Ministerio de Sanidad propuso en 2010 su supresión parcial y la propuesta fue rechazada, pero un informe oficial concluyó que el Registro Civil debería permitir al hijo conocer, una vez alcanzada la mayoría de edad, la forma en que fue concebido para que, si así lo desea, solicite conocer al o los donantes. Ahora bien, el informe supedita esa posibilidad al consentimiento del donante, puesto que sostiene que el anonimato es compatible con su derecho a la vida privada y familiar.<sup>15</sup>

Por otra parte, en Italia, la legislación en materia de reproducción asistida inicialmente prohibía la fecundación heteróloga, aspecto que finalmente fue declarado inconstitucional por la Corte *Costituzionale* italiana, en el fallo 162 del 9 de abril de 2014 (<https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2014&numero=162>). En 2011, mientras la prohibición de la fecundación heteróloga aún se encontraba vigente,<sup>22</sup> un informe oficial recomendaba, en términos muy vagos e imprecisos, reconocer el derecho del nacido, una vez alcanzada la mayoría de edad, de acceder a información sobre los propios orígenes.<sup>15</sup>

## Argumentos o justificaciones para no revelar información

Los argumentos que se han esgrimido para favorecer los modelos de no divulgación de la información

\* El Tribunal Constitucional español en su sentencia 116/1999, de 17 de junio, terminó declarando constitucional la regla del anonimato adoptada por la Ley 35/1998. El derecho a la intimidad del donante no es un derecho absoluto, sino que cede ante el derecho a la vida y a la integridad física del nacido y ante el derecho a obtener la tutela judicial. El interés del donante en defender su anonimato es prevalente en el caso en que el nacido alegue un simple interés por conocer su origen biológico; puesto que, de lo contrario, no habría candidatos dispuestos a donar células reproductoras, lo que redundaría en la desprotección del derecho a la salud de las parejas estériles. El nacido siempre podrá consultar los datos no identificativos del donante, sin que la ocultación de la identidad del progenitor biológico sea razón suficiente para afirmar que se está violando la protección debido a los hijos conforme a la Constitución Española.

de los donantes buscan preservar la conexión de los padres legales con los hijos pese a que no exista un vínculo genético con uno o ambos padres y facilitar que los niños se desarrollen con mayor estabilidad. Otro factor es no evidenciar que el hombre o mujer, o ambos, si son una pareja, padecen alguna disfunción reproductiva, situación que en algunas sociedades aún puede ser un estigma<sup>23-25</sup> y busca preservar el derecho a la privacidad de los donantes.

Con relación con los argumentos en beneficio de los padres de intención, algunos estudios refieren que las razones por las cuales los padres deciden no informar a sus hijos sobre la forma en que fueron concebidos responden a la necesidad de evitar que puedan sentirse diferentes a otros miembros de la familia y el miedo a la irrupción del donante en la vida familiar.<sup>15</sup>

Respecto a los intereses del menor, algunos estudios indican que una relación genética no es esencial para una buena crianza social o para el desarrollo emocional satisfactorio de los niños, y que otorgar excesiva importancia a la genética no es la mejor manera de garantizar el bienestar de las familias que no se basan en ella.<sup>26</sup> En todo caso, lo que se debe reconocer es el derecho de las personas nacidas con gametos o embriones provenientes de donadores, si así lo desean o lo requieren, a indagar sobre su verdadero origen genético.

Con relación con los intereses de los donantes se suele argumentar que es necesario preservar el anonimato para salvaguardar su derecho a la privacidad y confidencialidad, así como evitar posibles reclamaciones de paternidad. Previamente se señaló que la protección de los datos genéticos de los donadores puede verse limitada por la concurrencia de los derechos de terceros; sería el caso del derecho de los niños a conocer su verdadero origen y construir su propia identidad genética. Por otra parte, develar información de los donadores a los niños y niñas no conlleva reconocimiento de obligaciones filiales derivadas de este vínculo genético. Un adecuado marco legal deberá desvincular al donante de cualquier responsabilidad parental y de las obligaciones que el derecho les atribuye.

Es frecuente el argumento sobre que levantar el anonimato ocasionaría una disminución en el número de donaciones y daría lugar a mayores dificultades para la realización de estos procedimientos ante la

falta de medios para concretarlos.<sup>10,15,19,27\*\*</sup> Aunque el argumento indicado tuviera apoyo empírico, su encaje en el contexto de los derechos humanos es cuestionable, por tratarse de un argumento utilitarista. En los países escandinavos en donde el anonimato del donante ya no se preserva, después de una caída en las donaciones, el número de donantes se ha estabilizado.<sup>27</sup>

## Argumentos para revelar información

Resulta fundamental partir por reconocer que quien dona su material genético lo hace en pleno ejercicio de su libertad, es decir, se coloca voluntariamente en esa situación, de modo que no parece irrazonable exigirle que asuma las consecuencias de su accionar.<sup>10</sup> En cambio, el niño concebido con gametos o embriones donados ha sido ajeno al acto por el cual se accedió a la procreación.<sup>18</sup>

En la actualidad, un sector de profesionales de la fertilidad se muestra a favor de revelar la identidad para formar relaciones familiares basadas en la honestidad<sup>28</sup> y consideran que es perjudicial para cualquier relación entre dos personas, que una tenga información relevante sobre la otra, que no es divulgada, en especial dadas las consecuencias que puede tener descubrir esta información de forma accidental. Al respecto, Mary Warnock afirma que “ocultar esta información sería un caso obvio de negligencia hacia el bien del niño”.<sup>27</sup>

Otra razón por la cual sería prudente abolir el anonimato consiste en el avance respecto al conocimiento del genoma de los progenitores ya que este constituye un componente importante en la garantía del derecho a la salud de los concebidos; los diagnósticos genéticos preimplantacionales pueden determinar el tratamiento de enfermedades o prevenirlas decisivamente; además de constituir información relevante al momento que el propio nacido de donación de gametos decida tener hijos.<sup>15,26</sup>

Si bien se puede afirmar que el menor tiene derecho a saber la verdad sobre su origen genético, no se puede establecer que sea una obligación conocerlo. Pero el derecho a no saber, como una manifestación

de libertad frente a saber, implica que ya se tiene conocimiento del hecho que genera este derecho. Por último, se argumenta que privar a una persona del conocimiento sobre su origen implica negarle uno de los elementos fundamentales que constituyen su identidad, a partir del cual se distingue de los demás y puede individualizarse en relación con aquellos de los que proviene.<sup>6,10,19,28-30</sup>

## Situación que prevalece en México

En México, la expansión de los centros en los que se practican procedimientos de reproducción asistida y el elevado número de niños que han sido concebidos con ayuda estos revela la existencia de un mercado global. A pesar de lo anterior, hasta este momento no se cuenta con una regulación en la materia que norme los aspectos generales del acceso y provisión de los servicios de reproducción humana asistida. Debido a la ausencia de reglas claras, los responsables de las clínicas, tanto públicas como privadas, operan sus programas de donación de gametos y embriones con base en sus propios criterios, normas académicas o lineamientos emitidos en consenso por expertos en materia de infertilidad, lo que, independientemente del profesionalismo y calidad en la atención médica y científica, deja a los usuarios en situación de vulnerabilidad e incertidumbre jurídica.

## *Situación normativa a nivel federal*

La emisión de la normatividad aplicable a los servicios de salud, específicamente respecto a los de reproducción humana 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. El artículo 3 de dicha ley establece que el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y células es materia de salubridad general.

La regulación sobre el funcionamiento de los establecimientos públicos y privados donde se practican procedimientos de reproducción humana asistida, así como de los centros que operan como bancos de gametos compete a la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (Cofepris). Sin embargo, dentro de sus funciones no se encuentra realizar un registro sobre donantes, ni tampoco requiere a las clínicas a que lo generen.

Actualmente se encuentra en revisión en la Cámara de Diputados una minuta en materia de reproducción

\*\* En el Reino Unido un año después de que entrara en vigor la reforma que suprimió el anonimato del donante, se advirtió que las previsiones que auguraban una caída del número de donaciones no se cumplieron. En Suecia, un estudio realizado 15 años después de la entrada en vigor de la ley de 1984 muestra que no ha disminuido el número de donantes y los centros norteamericanos que ofrecen gametos procedentes de donantes que consienten ser identificados no tienen problema para reclutarlos.

humana asistida. El dictamen avanza en proponer la creación de un Registro Nacional de Reproducción Asistida dependiente de la Secretaría de Salud federal, que funcionaría para recolectar información estadística sobre la práctica en México.<sup>31</sup> En la misma legislatura se presentó otro dictamen de la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados, que prohíbe el uso de semen de alguien distinto a la pareja, y no así de óvulos.<sup>32</sup> En diciembre de 2017 se presentó otra iniciativa con el objeto de regular las TRHA,<sup>33</sup> en esta se propone que la donación sea anónima y se garantice la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes, y que se tenga derecho a obtener información general de los donantes de gametos y embriones solo en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes al interesado (artículo 7.5).<sup>33</sup>

El artículo 36 de la iniciativa propone, atinadamente, la creación de un Registro Nacional de Donantes, cuya función sería inscribir, con base en los datos que proporcionen los establecimientos de salud, el registro de los donantes de gametos y embriones, con las garantías precisas de confidencialidad de los datos de aquellos, así como consignar los hijos nacidos de cada uno de los donantes, la identidad de las parejas o mujeres receptoras y la localización original de unos y otros en el momento de la donación y de su utilización. Las tres propuestas normativas deben ser discutidas y analizadas, puesto que contienen disposiciones que, de ser aprobadas, podrían vulnerar derechos humanos.<sup>34</sup>

### ***Situación en las clínicas y establecimientos que realizan TRHA con gametos o embriones donados***

En el ámbito público, el Centro Médico Nacional “20 de Noviembre” (del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado), el Hospital Materno-Perinatal “Mónica Pretelini” (que pertenece al Instituto de Salud del Estado de México) y el Instituto Nacional de Perinatología cuentan con un programa de biología de la reproducción humana y realizan técnicas reproductivas de alta complejidad; sin embargo, debido a la falta de un adecuado marco legal, se ven imposibilitados para efectuar TRHA con gametos y embriones de donadores.<sup>35</sup> El Instituto Nacional de Perinatología es la única institución que realiza procedimientos con semen proveniente de

donantes —no así óvulos y embriones—, pero los gametos son provistos por bancos externos.<sup>35</sup>

En el sector privado, debido a que no existe una autoridad sanitaria responsable de requerir y publicar los datos que generen los establecimientos de salud autorizados para practicar TRHA, es difícil obtener datos e información sobre la práctica y el funcionamiento de los programas de donantes. La información disponible en internet demuestra que la donación se realiza con base en contratos confidenciales entre los donantes y los centros autorizados.<sup>36-47</sup> La información de los donantes, receptores y de los niños que podrían resultar de estos procedimientos permanece bajo el más estricto anonimato. Los donantes solo podrán ser contactados por el centro responsable en caso de que la salud del niño lo requiera, para ello el centro se compromete a conservar indefinidamente la información de los donantes.<sup>48</sup> Los centros que hacen alguna referencia a esta posibilidad de contacto, aclaran que este será entre la clínica y el donante, no así entre los padres legales o el hijo que requiere la información. Algunos sitios *web*, los más completos, señalan que constantemente renuevan su base de donantes de semen y limitan el número de embarazos que se consiguen con cada muestra para evitar el riesgo de endogamia entre hijos de pacientes diferentes con un donante en común. De lo anterior se advierte que, pese a que no existe una normativa que regule a la donación de gametos y embriones en México, la práctica se rige bajo las reglas de la confidencialidad y el anonimato.

### ***El derecho de los menores a conocer a su origen genético en la normativa nacional***

El principio del interés superior del niño encuentra fundamento en el párrafo octavo del artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en el artículo 3, apartado 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño (ratificada por México el 21 de septiembre de 1990 y publicada en el Diario Oficial de la Federación del 25 de enero de 1991), de donde se advierte que en cualquier decisión, actuación o medida que involucre a la niñez, el Estado tiene la ineludible obligación de atender a su interés superior.

Aun cuando el precepto constitucional dentro del que se comprenden los derechos de la niñez no hace referencia al derecho a la identidad de los menores, su ley reglamentaria, la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, establece



como partes integrantes del derecho a la identidad, entre otros, conocer su filiación y su origen, que en su artículo 22, indica:<sup>49</sup>

El derecho a la identidad está compuesto por: A. Tener un nombre y los apellidos de los padres desde que nazca y a ser inscrito en el Registro Civil; B. Tener una nacionalidad, de acuerdo con lo establecido en la Constitución; C. Conocer su filiación y su origen, salvo en los casos que las leyes lo prohíban; D. Pertener a un grupo cultural y compartir con sus integrantes costumbres, religión, idioma o lengua, sin que esto pueda ser entendido como razón para contrariar ninguno de sus derechos. A fin de que niñas, niños y adolescentes puedan ejercer plenamente el derecho a su identidad, las normas de cada entidad federativa podrán disponer lo necesario para que la madre y el padre los registren, sin distinción en virtud de las circunstancias de su nacimiento.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) se ha pronunciado sobre el derecho a la identidad de los niños, al señalar que este se compone por el derecho a tener un nombre y los apellidos de los padres desde que nacen, a tener una nacionalidad, a conocer su filiación y origen y a tener certeza de quién es su progenitor, lo que constituye un principio de orden público.<sup>50</sup> También ha resuelto que el derecho a la identidad constituye un derecho de los niños y no una facultad de los padres, y si bien la tendencia es que la filiación jurídica coincida con la filiación biológica, ello no siempre es posible, ya sea por la propia realidad del supuesto hecho o porque el ordenamiento hace prevalecer otros intereses que se consideran jurídicamente más relevantes, como podría ser la filiación adoptiva y las procreaciones asistidas por donación de gametos.<sup>51</sup> Recientemente sostuvo que el derecho a la identidad en su vertiente de conocimiento de los nexos biológicos de una persona está relacionado con el desarrollo adecuado de la personalidad, el derecho a la salud mental, así como con el derecho a conocer la información médica relevante derivada de las características genéticas propias. La relación de filiación no es una consecuencia necesaria del establecimiento de la verdad biológica, por lo que puede permitirse a una persona la indagatoria respecto a sus orígenes biológicos sin que necesariamente ello conlleve un desplazamiento filiatorio.<sup>52</sup>

### **A nivel local**

Han sido las legislaciones locales las que, en los códigos civiles o familiares han incluido algunas regulaciones sobre procedimientos de reproducción asistida, en particular lo concerniente al estado civil

de las personas fruto de esos avances científicos. Sobre la investigación de la paternidad en procedimientos de reproducción humana asistida, ya se han pronunciado los estados de Sonora y México, con posiciones opuestas.

El Código de Familia para el Estado de Sonora prevé que el hijo puede solicitar, al llegar a su mayoría de edad, informes sobre el padre biológico en los mismos casos que en la adopción plena, sin reclamar ningún derecho filiatorio, En el artículo 207 indica:<sup>53</sup>

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

No deja claro qué tipo de información se puede obtener de los donantes o incluso si es viable conocer su identidad; sin embargo, el numeral remite al apartado que regula la adopción plena. Al respecto, el código familiar de ese Estado prevé la prohibición de informar sobre los antecedentes registrales del adoptado, a no ser que él mismo lo solicite cuando llegue a la mayoría de edad, previa autorización judicial, con los fines de conocer íntegramente su identidad o proteger su salud a través del conocimiento de posibles enfermedades hereditarias o a petición del Ministerio Público, en los casos de investigación criminal (artículo 300).<sup>53</sup>

Hasta el momento, el poder judicial de ese Estado no ha resuelto asuntos en los que la *litis* verse sobre el derecho del menor a conocer la identidad del donante, en términos de lo previsto por el Código de Familia.<sup>54</sup> La ausencia de juicios en esa entidad probablemente se deba a que existen pocas clínicas, al menos con registro ante Cofepri, aunado a que su apertura es relativamente reciente; sin embargo, eventualmente las autoridades podrían conocer de controversias sobre esta cuestión. Si bien se avanza en el sentido de abrir la posibilidad de que el hijo, al llegar a la mayoría de edad, pueda solicitar información sobre los donantes que aportaron su material genético, la ausencia de normativa en la materia que obligue a los responsables de bancos o clínicas a conservar la información y la falta de registros de donantes pueden generar que los posibles interesados se enfrenten a la situación de que la clínica no cuente con la información del donante o que esta no siga operando, en cuyo caso sería materialmente imposible ejercer tal derecho.

Por otra parte, el Código Civil del Estado de México prohíbe en los casos en que la inseminación artificial se efectúe con esperma —no prevé el supuesto de ovocitos ni embriones— proveniente de bancos o

instituciones legalmente autorizadas a revelar el nombre del donante ni habrá lugar a investigación de la paternidad (artículo 4.115).<sup>55</sup>

Se considera que esta prohibición tiene consecuencias jurídicas: ¿qué pasaría si esta información fuera necesaria para efectos de salvaguardar la salud de la persona nacida con ayuda de material genético donado o bien para garantizar el derecho a conocer su identidad genética?

Actualmente, la norma oficial mexicana sobre el expediente clínico obliga a las instituciones o prestadores del servicio médico a conservar la información y datos de los pacientes por un período mínimo de cinco años.<sup>56</sup> Prevé que los expedientes clínicos son propiedad de la institución o del prestador de servicios médicos que los genera, cuando este no dependa de una institución. Las instituciones del sector público, además de lo establecido en esta norma, deberán observar las disposiciones que en la materia estén vigentes. Sin perjuicio de lo anterior, el paciente, en tanto aportante de la información y beneficiario de la atención médica, tiene derechos de titularidad sobre la información para la protección de su salud, así como para la protección de la confidencialidad de sus datos, en los términos de esta norma y demás disposiciones jurídicas que resulten aplicables. Por lo anterior, por tratarse de documentos elaborados en interés y beneficio del paciente, deberán ser conservados por un periodo mínimo de cinco años, contados a partir de la fecha del último acto médico.<sup>56</sup>

Evidentemente el plazo que prevé la norma oficial mexicana para resguardar el expediente clínico resultaría insuficiente frente a una eventual solicitud del hijo para obtener información sobre sus progenitores genéticos. Adicionalmente, existe una ley federal que protege los datos personales en posesión de particulares,<sup>57</sup> a efecto de garantizar la privacidad de las personas. La normativa prevé que serán datos sensibles aquellos que afectan la esfera más íntima de su titular toda vez que revelan aspectos como el origen racial o étnico, el estado de salud presente y futuro, la información genética, las creencias religiosas, entre otras; sería el caso de la información que proporcionan los donantes a los responsables de las clínicas. En su artículo 3.6 señala lo siguiente:<sup>57</sup>

Para los efectos de esta Ley, se entenderá por: Datos personales sensibles: Aquellos datos personales que afectan a la esfera más íntima de su titular, o cuya utilización indebida pueda dar origen a discriminación o conlleve un riesgo grave para éste. En particular, se consideran sensibles aquellos que puedan revelar aspectos como origen racial o étnico, estado de salud presente y futuro, información genética,

creencias religiosas, filosóficas y morales, afiliación sindical, opiniones políticas, preferencias sexuales.

A pesar de que esta ley establece que los principios de derecho previstos tendrán como límite en cuanto a su observancia y ejercicio, la protección de los derechos de terceros (artículo 4);<sup>57</sup> sería conveniente que al aprobarse la ley que regule la reproducción humana asistida en México, se considere como excepción el derecho de un menor a obtener información del donante en aras de proteger su derecho a conocer su identidad genética.

En definitiva, ante una colisión entre derechos lo deseable sería buscar armonizarlos, sin embargo, en un asunto como en el que nos ocupa, para no dejar sin protección el derecho a la identidad del menor, resulta inevitable buscar una vía jurídica que los evalúe y pondere justamente, debiendo dilucidar cuál resulta superior o más valioso, o si es constitucional restringir algún derecho fundamental en función de una finalidad concreta y, en ese sentido, resolver el conflicto.<sup>58</sup>

## Consideraciones finales

De lo expuesto, se concluye que el derecho a la identidad en su vertiente del conocimiento del origen genético de una persona está relacionado con el desarrollo adecuado de la personalidad, el derecho a la salud, así como con el derecho a conocer la información médica relevante derivada de las características genéticas propias. Sin embargo, debe quedar claro que la relación de filiación no es una consecuencia necesaria del establecimiento del origen genético; por lo que, si bien debe permitirse a una persona la indagatoria respecto a sus orígenes genéticos, ello no conlleva un desplazamiento filiatorio, así como obligaciones y responsabilidades parentales para las personas de quienes procede el material genético donado.

Se comparte la opinión de especialistas que consideran conveniente que los procedimientos de reproducción asistida heterólogos no operen bajo los principios del secreto, anonimato y confidencialidad, esto se apoya en la idea de que es la protección del interés superior del niño y la niña a conocer sus orígenes genéticos, lo que debe dirigir el enfoque jurídico.

Hasta este momento, México no cuenta con un marco regulatorio que norme los aspectos generales del acceso y provisión de los servicios de reproducción humana asistida. Han sido algunas legislaciones locales las que, en los códigos civiles o familiares, han incluido aspectos sobre estos procedimientos, en

particular al estado civil de las personas fruto de esos avances científicos, es el caso de Sonora, que si bien faculta al hijo, al llegar a la mayoría de edad, a solicitar información sobre los donantes que aportaron su material genético, la ausencia de normativa en la materia que obligue a los responsables de bancos o clínicas a conservar la información y la falta de registros de donantes pueden generar que los interesados se enfrenten a que la clínica no cuente con la información requerida o que no siga operando, en cuyo caso sería imposible ejercer tal derecho.

Por ello es necesario se discuta de manera multidisciplinaria la emisión de marco normativo que regule la actuación médico-científica y ética del personal de salud y de los establecimientos que realizan procedimientos de reproducción humana asistida. Se considera conveniente prever la creación de un registro nacional de donantes, dependiente de la Secretaría de Salud federal, cuya función sería el registro de los donantes de gametos y embriones, con base en la información que proporcionen los responsables de los establecimientos autorizados para practicar procedimientos de reproducción asistida.

Este registro único permitiría consignar los hijos nacidos de cada uno de los donantes, para evitar el riesgo de endogamia entre hijos de pacientes diferentes con un donante en común; la identidad de las parejas o mujeres receptoras y la localización original de unos y otros en el momento de la donación y de su utilización; garantizar el acceso a la información a las personas que han nacido producto de estas donaciones y a su vez consignar garantías precisas de confidencialidad de los donadores frente a personas que no acrediten un interés jurídico legítimo.

## Bibliografía

- Zegers-Hochschild F, Adamson D, Dyer S, Racowsky C, De-Mouzon J, Sokol R, et al. The international glossary on infertility and fertility care, 2017. *Fertil Steril*. 2017;108:393-406.
- Harper JC, Kennett D, Reisel D. The end of donor anonymity: how genetic testing is likely to drive anonymous gamete donation out of business. *Hum Reprod*. 2016;31:1135-1140.
- Nahata L, Stanley N, Quinn G. Gamete donation: current practices, public opinion, and unanswered questions. *Fertility Steril*. 2017;107:1298-1299.
- Kemelmajer-De-Carlucci AR. Origen biológico, derecho a conocer. En: Romeo-Casabona CM, director. *Enciclopedia de bioderecho y bioética*. España: Cátedra Interuniversitaria/Fundación BBVA/Diputación foral de Bizkaia/Universidad de Deusto/Universidad del País Vasco; 2018.
- International Federation of Fertility Societies. IFFS surveillance 2016. *Global Reprod Health*. 2016;e1:1-143.
- González-Contró M. Reflexiones sobre el derecho a la identidad de niñas, niños y adolescentes en México. *Bol Mex Derecho Comp*. 2011;44:107-133.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. Interés superior de los menores de edad. Necesidad de un escrutinio estricto cuando se afectan sus intereses. En: Tesis jurisprudencial P./J.7/2016 (10ª), pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 23 de septiembre de 2016 (acciones de inconstitucionalidad). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, décima época, libro 34, tomo 1, septiembre 2016, p.10*. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/gaceta/documentos/tomos/2016-12/libro34t1.pdf>.
- Muñoz-Genestoux R, Vittola LR. El derecho a conocer el origen genético de las personas nacidas mediante técnicas de reproducción humana asistida con donante anónimo. *Rev IUS*. 2016;11:207-227.
- Brena-Sesma I. Privacidad y confidencialidad de los datos genéticos. *Bol Mex Derecho Comp*. 2008;número conmemorativo:109-125.
- Gómez-Sánchez Y. *El derecho a la reproducción humana*. Madrid, España: Marcial Pons; 1994.
- Théry I. El anonimato en las donaciones de engendramiento: filiación e identidad narrativa infantil en tiempos de descasamiento. *Rev Antropol Soc*. 2009;18:21-42.
- Sánchez-Martínez MO. Los orígenes biológicos y los derechos de hijos e hijas: filiación y derecho a saber. *Cuad Electron Filos Derecho*. 2016;34:294-315.
- Aguilar-Cavallo G. El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Cent Estud Consti Chile*. 2008;6:223-247.
- Comité de los Derechos del Niño. *Convención sobre los Derechos del Niño*. Reino Unido: Naciones Unidas; 2002.
- Alkorta-Idiakez I, Farnós-Amorós E. Anonimato del donante y derecho a conocer: un difícil equilibrio. *Oñati Socio-legal Series*. 2017;7:148-178.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de las hermanas Serrano Cruz vs El Salvador. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos; 2005.
- Ory SJ, Devroey P, Banker M, Brinsden P, Buster J, Fiaidjoe M, et al. *IFFS Surveillance 2013*. EE. UU.: International Federation of Fertility Societies; 2013.
- Famá MV. El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el proyecto de código civil y comercial de la nación. *Lecciones y Ensayos*. 2012;90:171-195.
- Frith L. Gamete donation and anonymity. The ethical and legal debate. *Hum Reprod*. 2001;16:818-824.
- Turkmenoglu I. The donor-conceived child's "right to personal identity": the public debate on donor anonymity in the United Kingdom. *J Law Soc*. 2012;39:58-72.
- Pennings G. The "double track" policy for donor anonymity. *Hum Reprod*. 1997;12:2839-2844.
- Corn E. La reproducción humana asistida en Italia. Presente y futuro después de la derogación de la prohibición de fecundación heteróloga. *Rev Bioet Derecho*. 2015;35:18-31.
- Barbieri RL. Female infertility. En: Strauss J, Barbieri R. *Yen and Jaffe's reproductive endocrinology. Physiology, pathophysiology, and clinical management*. EE. UU.: Elsevier/Saunders; 2006.
- World Health Organization [Sitio web]. Infertility definitions and terminology. Suiza: World Health Organization; 2019. Disponible en: <https://www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/definitions/en>
- Larsen U. Research on infertility: which definition should we use? See comment in PubMed Commons below *Fertil Steril*. 2005;83:846-852.
- De Melo-Martin I. How best to protect the vital interests of donor-conceived individuals: prohibiting or mandating anonymity in gamete donations? *Reprod Biomed Soc Online*. 2016;3:100-108.
- Warnock M. Fabricando bebés, ¿existe un derecho a tener hijos? España: Gedia; 2004.
- Igareda-González N. El derecho a conocer los orígenes biológicos versus el anonimato en la donación de gametos. *Rev Instit Bartolomé de las Casas*. 2014;31:227-249.
- Corral-Talciani H. Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: Los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos. *Ius et Praxis*. 2010;16 57-87.
- Vidal-Prado C. El derecho a conocer la filiación biológica (con especial atención a la filiación materna). *Rev Jurid Navarra*. 1996;22:265-282.
- Iniciativa que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Ley General de Salud, a cargo de la diputada Maricela Contreras Julián, del grupo parlamentario del PRD. *Gaceta Parlamentaria*, año 18, número 4398-II, miércoles 4 de noviembre de 2015.
- Iniciativa que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Ley General de Salud, a cargo de la diputada Sylvana Beltrones Sánchez, del grupo parlamentario del PRI. *Gaceta Parlamentaria*, Número 4479-IV, 1 de marzo de 2016.
- Iniciativa con proyecto de decreto que reforma el artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y expide la Ley General de Técnicas de Reproducción Asistida, a cargo de la diputada Lilianna Ivette Madrigal Méndez, del grupo parlamentario del PRI. (Consultada 2018 Feb 10). Disponible en: [http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2017/12/asun\\_3639908\\_20171206\\_1512505579.pdf](http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2017/12/asun_3639908_20171206_1512505579.pdf).
- Palacios-González C. Una ley que prohíbe embarazos y trasplantes. *Animal Político* [Sitio web]. Sección El Plumaje. México: 2016 Dec 14. Disponible en: [animalpolitico.com/blogueos-una-vida-examinada-reflexiones-bioeticas/2016/12/14/una-propuesta-ley-prohibe-embarazos-trasplantes](http://animalpolitico.com/blogueos-una-vida-examinada-reflexiones-bioeticas/2016/12/14/una-propuesta-ley-prohibe-embarazos-trasplantes).
- Sistema de Acceso a la Información Pública: Infomex folios: 0063700717317, 1225000029017. Saimex: 0057/IXEM/IP/2017.

36. Clínica N-FIV. [Sitio web]. (Consultado 2017 Oct 17). Disponible en: <http://www.clinicainfertilidadtoluca.com/index.html>.
37. Inmater, [Sitio web]. (Consultado 2017 Oct 17). Disponible en: <http://inmater.com/banco-de-ovulos>.
38. Embryofertyl, [Sitio web]. (Consultado 2017 Oct 17). Disponible en: <https://www.embryofertyl.com/mx/banco-de-semen-donacion>.
39. Instituto Ingenes, [Sitio web]. (Consultado 2018 Feb 06). Disponible en: <https://www.ingen.es.com/donacion/programa-de-donacion-de-ovulos>.
40. Viltis. [Sitio web]. (Consultado 2018 Nov 06). Disponible en: [viltis.com.mx/donacion-de-ovulos-ovodon](http://viltis.com.mx/donacion-de-ovulos-ovodon).
41. Centro Mexicano de Fertilidad, Dr. Alberto Kably. [Sitio web]. (Consultado 2018 Feb 21). Disponible en: <http://kablyfertilidad.com/conociendo-alternativas/fivte>.
42. Concibe. [Sitio web]. (Consultado 2018 Feb 06). Disponible en: <http://www.concibe.com.mx/informacion-para-donantes-de-semen>.
43. Biofertility Center AIM. [Sitio web]. (Consultado 2018 Feb 21). Disponible en: <http://www.biofertilitycenter.com/index.php/es/donacion-de-ovulos>.
44. NASCERE. [Sitio web]. (Consultado 2018 Feb 21). Disponible en: <http://nascere.com.mx/servicios/programa-de-donacion-ovular>.
45. PROCREA. [Sitio web]. (Consultado 2108 Feb 21). Disponible de: <http://www.procrea.mx/es/servicios>.
46. Instituto Vida. [Sitio web]. Disponible en: <http://www.institutovidamexico.com.mx/donacionovulos.html>.
47. Fertility Center Cancún. [Sitio web]. (Consultado 2018 Feb 20). Disponible en: <http://www.fertilitycentercancun.com.mx/donacion-esperma.html>.
48. Instituto Ingenes. [Sitio web]. Dudas y temores sobre la donación. Consultado 2018 Feb 06. Disponible en: <https://www.ingen.es.com/donacion/programa-de-donacion-de-ovulos/>.
49. Secretaría de Gobernación. Ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes. México: Diario Oficial de la Federación 2000 May 29. Disponible en [https://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=2055514&fecha=31/12/1969](https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=2055514&fecha=31/12/1969).
50. Tesis aislada 1a. CXLII/2007. Rubro: Derecho a la identidad de los menores. su contenido, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVI, julio de 2007, Materia Civil, p. 260.
51. Tesis aislada 1a. CCCXXI/2014 (10a.). Rubro: Filiación. alcances y límites del principio de verdad biológica. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, décima época, Tomo I, libro 10, septiembre de 2014, Materia Constitucional, Civil, p. 577.
52. Tesis Aislada 1ª LXIX. Rubro: Derecho a la identidad biológica. la restricción legal al cambio filiatorio no implica la prohibición de indagar la paternidad de una persona (interpretación del art. 377 del código civil para el estado de colima). Seminario Judicial de la Federación, Décima Época, 15 de junio 2018, materia Constitucional, civil.
53. Código de Familia para el Estado de Sonora. México: Congreso del Estado de Sonora; 2007.
54. Sistema de Acceso a la Información Pública: Infomex, folio 00940617.
55. Código Civil del Estado de México. México: Congreso del Estado de México; 2002.
56. Secretaría de Salud. Norma Oficial Mexicana NOM-004-SSA3-2012, del expediente clínico. México: Diario Oficial de la Federación 2012 Jun 29. Disponible en: [http://dof.gob.mx/nota\\_detalle\\_popup.php?codigo=5272787](http://dof.gob.mx/nota_detalle_popup.php?codigo=5272787).
57. Secretaría de Gobernación. Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares. México: Diario Oficial de la Federación 2010 Jul 05. Disponible en: [https://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5150631&fecha=05/07/2010](https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5150631&fecha=05/07/2010).
58. Tello-Moreno LF. Pruebas de ADN y presunción de la paternidad en los juicios de filiación. Derechos Hum Mex. 2006;2:225.

**Anexo 4.** “Voluntad procreacional: presupuesto para la filiación derivada de procedimientos de reproducción humana asistida en el contexto mexicano”

**VOLUNTAD PROCREACIONAL: PRESUPUESTO PARA LA FILIACIÓN  
DERIVADA DE PROCEDIMIENTOS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA  
EN EL CONTEXTO MEXICANO**

**PROCREATIONAL WILL: A REQUIREMENT FOR LEGAL PARENTAGE IN  
HUMAN ASSISTED REPRODUCTION IN THE MEXICAN CONTEXT**

Rosa Verónica ESPARZA PÉREZ<sup>1</sup>

**RESUMEN:** El artículo expone la situación de la reproducción humana asistida en países latinoamericanos y en México; la regulación de la filiación derivada de estos procedimientos en el contexto mexicano y la importancia de la voluntad procreacional para determinar la filiación. Finalmente, destaca algunas resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México, en torno al tema.

**PALABRAS CLAVE:** reproducción humana asistida; gestación subrogada; filiación y voluntad procreacional.

**ABSTRACT:** The article exposes the situation of assisted reproduction in Latin American countries and in Mexico; regulation of filiation derived from these procedures in the Mexican context and the importance of procreational will as a requirement for legal parentage in assisted reproduction. Finally, it highlights some resolutions on the subject of the Inter-American Court of Human Rights and the Mexican Supreme Court.

**KEY WORDS:** human assisted reproduction; surrogacy, filiation and procreational will

**Sumario:** I. *Introducción.* Primera parte: II. *Reproducción humana asistida en América Latina.* III. *Situación actual en México.* IV. *Legislación aplicable a la reproducción humana asistida en México.* Segunda parte: V. *Regulación de la filiación en casos de reproducción humana asistida y gestación subrogada en México;* VI. *Voluntad procreacional;* VII. *Jurisprudencia de la Corte Interamericana*

---

<sup>1</sup> Orcid. 0000-0002-7549-3220, Doctoranda en la Universidad Nacional de Educación a Distancia en Madrid, España. Correo electrónico. [esparzaveronica@hotmail.com](mailto:esparzaveronica@hotmail.com).

*Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo se ha dividido en dos partes. La primera, refiere a la situación que prevalece en los países latinoamericanos que han regulado la reproducción humana asistida (en adelante RHA); así como el estado de la cuestión de esta práctica y la regulación en México. La segunda parte, aborda aspectos sobre la regulación de la filiación en casos de RHA en los códigos civiles y familiares de la república mexicana; los casos resueltos en torno al tema, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH) y por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN) en México.

Los avances en el campo de la RHA y la expansión de centros, donde se realizan estos procedimientos, hacen necesario contar con un marco normativo que regule de manera integral su práctica. En México, pese a que desde hace décadas miles de personas recurren a estos procedimientos, no se cuenta con una regulación que norme, a nivel nacional, los aspectos generales sobre la provisión de este tipo de servicios, como una forma de proteger los derechos de las partes que intervienen.

El uso de técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA) también demanda cambios en las normativas a nivel local, relativas a la filiación, debido a que estos avances amplían las opciones de reproducción y cuestionan las nociones tradicionales de paternidad, maternidad y, en general, de las relaciones familiares. En este tipo procedimientos, sobre todo en los que intervienen donantes de gametos y embriones, la voluntad de querer asumir la paternidad y/o maternidad adquiere relevancia para determinar la filiación de las personas que nacen a partir de éstos.

La ausencia de un marco normativo completo y adecuado, ha provocado que conflictos generados, principalmente por estas lagunas legales, sean resueltos por la vía judicial. En México, la SCJN se ha pronunciado en algunos conflictos, en torno a procedimientos de RHA, resoluciones en las que ha resaltado la importancia de la voluntad procreacional para determinar la filiación en estos casos.



## PRIMERA PARTE

### II. REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN AMÉRICA LATINA

Desde que en 1978 naciera en el Reino Unido la primera niña concebida por fecundación *in vitro* (Kamel 2013), las TRHA<sup>2</sup> posibilitan el nacimiento de miles de niños y niñas al año en todo el mundo. De acuerdo con cifras publicadas por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (RED LARA) de 1990 a 2012,<sup>3</sup> en América Latina nacieron 128,24534 niños con ayuda de alguna TRHA.<sup>4</sup>

El desarrollo de las TRHA, aunado a la disposición de las personas a donar sus gametos y embriones para el tratamiento de otros, ha hecho posible que

---

<sup>2</sup> Assisted reproductive technology (ART). Interventions that include the in vitro handling of both human oocytes and sperm or of embryos for the purpose of reproduction. This includes, but is not limited to, IVF and embryo transfer ET, intracytoplasmic sperm injection ICSI, embryo biopsy, preimplantation genetic testing PGT, assisted hatching, gamete intrafallopian transfer GIFT, zygote intrafallopian transfer, gamete and embryo cryopreservation, semen, oocyte and embryo donation, and gestational carrier cycles. Thus, ART does not, and ART-only registries do not, include assisted insemination using sperm from either a woman's partner or a sperm donor (Zegers-Hochschild 2017). /

<sup>3</sup> La Red Lara recolecta, analiza y publica información sobre procedimientos de RHA realizados en los centros latinoamericanos afiliados a la Red. 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).

<sup>4</sup> Los países en donde se registró el mayor número de nacimientos fueron: Brasil (56,674); Argentina (26,085) y México (17,238). En otros países de Latinoamérica: Chile (6,579); Colombia (5,191); Perú (4927); Venezuela (4802); Ecuador (1191); Uruguay (1258); Guatemala (331); Bolivia (384), Panamá (214); República Dominicana (97); Nicaragua (74); Paraguay (12), y Costa Rica (15). RED LARA, Estado Actual de la Reproducción Asistida en América Latina y el Mundo (2012)

muchas personas puedan tener descendencia.<sup>5</sup> En Estados Unidos, en los últimos 20 años, los nacimientos por donaciones de gametos aumentaron de 30,000 a 60,000.<sup>6</sup> La expansión de centros en donde se realizan TRHA revela la existencia de un mercado global;<sup>7</sup> pese a ello, muchos países no tienen un marco normativo específico que regule los aspectos relacionados con la RHA (Vidal s.d.).

---

<sup>5</sup> El uso de TRHA respuesta, originalmente, a un problema médico –infertilidad o esterilidad-, en la actualidad esta concepción sería limitada. Muchas personas recurren a la RHA para tener descendencia sin, necesariamente, tener un problema de salud; por ejemplo, las personas sin pareja o parejas del mismo sexo. La Organización Mundial de la Salud (OMS) define, desde el 2009, infertilidad como una enfermedad del sistema reproductivo determinada como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas. En 2017, el término infertilidad se modificó en el Glosario Internacional en Infertilidad y Cuidado de la Fertilidad, la define como: “Una enfermedad caracterizada por la imposibilidad de establecer un embarazo clínico después de 12 meses de relaciones sexuales regulares sin protección o debido a un deterioro de la capacidad de una persona para reproducirse como individuo o con su pareja. Las intervenciones de fertilidad pueden iniciarse en menos de 1 año según los antecedentes médicos, sexuales y reproductivos, la edad, los hallazgos físicos y las pruebas de diagnóstico. La infertilidad es una enfermedad que genera discapacidad como un deterioro de la función”. Esta definición es más amplia y reconoce, entre otros aspectos, que el hecho de no lograr un embarazo no siempre es el resultado de una enfermedad, por ejemplo: personas que desean tener hijos en solitario o parejas del mismo sexo.

<sup>6</sup> Estas cifras son estimaciones debido al limitado sistema de registros. Nahata L, Stanley N y Quinn G. (2017).

<sup>7</sup> En 2016 la Federación Internacional de Sociedades de Fertilidad, de forma conjunta con la OMS, reportó en América Latina 391 centros; Brasil (180); Argentina (60); y México (48) (International Federation of Fertility Societies 2017).

En América Latina (Andorno 2009), hasta el momento, Argentina (Ley argentina 26.862)<sup>8</sup> y Uruguay (Ley uruguaya 19.167)<sup>9</sup> han regulado sobre la materia, ambas leyes se sancionaron en 2013.<sup>10</sup> Brasil, si bien no tiene una ley que regule de manera integral las TRHA, cuenta con un acuerdo administrativo (Resolución CFM 1.957-2010, 2011), emitido por el Consejo Federal de Medicina, que contiene normas éticas para el uso de procedimientos de RHA.

Por otra parte, Costa Rica en 1995 reguló la práctica de la RHA; meses después se presentó un recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto Ejecutivo 24029-S. La argumentación del recurso se basó, fundamentalmente, en que era violatorio del derecho a la vida, porque a través de la fecundación *in vitro* son desechados embriones (Suárez 2015). Costa Rica es el único país en el mundo en el que se prohibió, en concreto, la práctica de la fertilización *in vitro*.<sup>11</sup> Este decreto fue impugnado ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica (Sentencia 2000-02306 2000), instancia que declaró su inconstitucionalidad.

---

<sup>8</sup> Reproducción medicamente asistida. Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico. Asistenciales de reproducción medicamente asistida. La ley nacional beneficia a cualquier adulto, sin contemplar si es infértil, su edad o su estado civil. Un análisis de esta normativa puede verse “Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia” (*La Ley argentina* 140).

<sup>9</sup> Dice la ley que pueden beneficiarse todas las personas en la medida que se trate del procedimiento médico idóneo para concebir en el caso de parejas biológicamente impedidas para hacerlo, así como en el caso de mujeres con independencia de su estado civil.

<sup>10</sup> Sobre la regulación de TRHA en Argentina y Uruguay véase Esparza y Cano (2018)

<sup>11</sup> Sobre el marco regulatorio en Costa Rica véase Esparza y Cano (2018) y Brena (2019). La práctica de la fertilización *in vitro* solo se ha prohibido en este país; sin embargo, la gestación subrogada está expresamente prohibida en varios países, sobre el marco regulatorio en esos Estados véase González (próxima publicación).

Por este fallo de la Corte Suprema de Costa Rica, varias parejas afectadas llevaron el caso a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH);<sup>12</sup> esta instancia reconoció que la determinación vulneraba diversos derechos y dirigió recomendaciones a ese Estado, las cuales no fueron atendidas. Por esta inobservancia, el caso se turnó a la Corte IDH que, en 2012, emitió la sentencia sobre el caso *Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica* en la que declaró la responsabilidad del Estado y ordenó levantar la prohibición de la fertilización *in vitro* y regular la aplicación de las TRHA, véase Brena (2016; 2019).

Tras varios intentos fallidos por parte del poder legislativo del Estado<sup>13</sup> para regular los procedimientos de RHA, el poder ejecutivo emitió el decreto núm. 39210-MP-S “Autorización para la realización de la técnica de reproducción asistida de fecundación *in vitro* y transferencia embrionaria”, que entró en vigor el 11 de septiembre de 2015. Este decreto fue impugnado ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del Estado, instancia que ordenó su suspensión y posterior anulación. Ante esta situación, la Corte IDH resolvió que se mantuviera la vigencia de este decreto, sin perjuicio de que el órgano legislativo emitiera alguna regulación posterior en apego a los estándares indicados en la sentencia de *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*.

### III. SITUACIÓN ACTUAL EN MÉXICO

En México, la expansión de los centros en los que se practican procedimientos de RHA y el elevado número de niños que han sido concebidos con ayuda de estos,<sup>14</sup> revela la existencia de una realidad; cada día más personas recurren a TRHA para tener hijos. A pesar de lo anterior, hasta este momento, no se cuenta con una

---

<sup>12</sup> Sobre la resolución de la CIDH, véase Brena (2012)

<sup>13</sup> Sobre las diversas iniciativas presentadas en el seno de la Asamblea Legislativa de Costa Rica, así como las distintas posturas imperantes en ese Estado, véase Brena (2019).

<sup>14</sup> A pesar de que no existe datos oficiales al respecto, de acuerdo con el último reporte de la RED LARA, entre 1999 y 2012 nacieron 17,238 niños y niñas en México con ayuda de alguna TRHA.

regulación en la materia que norme los aspectos generales del acceso y provisión de estos servicios. Debido a la ausencia de reglas claras, los responsables de las clínicas públicas y privadas operan con base en criterios propios, normas académicas o lineamientos emitidos en consenso por expertos en la materia cuestión que, independientemente del profesionalismo y calidad en la atención médica y científica, deja a los usuarios en situación de vulnerabilidad e incertidumbre jurídica.

La emisión de la normatividad aplicable a los servicios de salud, específicamente respecto a los procedimientos de RHA, es competencia federal y, con fundamento en el artículo 73 constitucional, corresponde a la Ley General de Salud (en adelante LGS) 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: por motivos médicos, por ser parejas del mismo sexo o personas solteras, entre otros; hasta este momento, no existe una normativa federal vigente que los regule.

En México, por disposición de ley, los establecimientos en los que se practican procedimientos de RHA deben contar con una licencia sanitaria expedida por la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (Cofepris).<sup>15</sup> Hasta enero de 2019 la Cofepris tenía registradas, a nivel nacional, 107 clínicas, hospitales y/o establecimientos autorizados.<sup>16</sup> También compete a esta comisión vigilar que estos establecimientos cumplan con diversas disposiciones sanitarias: por ejemplo, cuenten con licencia sanitaria, exista un responsable sanitario, cédula profesional con especialidad del médico responsable e infraestructura adecuada (Reglamento de la Cofepris. Artículo 15).<sup>17</sup> De enero de 2012 a marzo de 2019, la

---

<sup>15</sup> Sobre la naturaleza jurídica, estructura orgánica, atribuciones y funciones de la Cofepris, véase Cano (2014).

<sup>16</sup> Solicitud de información pública, Sistema infomex, folio 121510029118.

<sup>17</sup> Dice que corresponde a la Comisión de Operación Sanitaria: III. Realizar visitas de evaluación, verificación y supervisión de la actuación de terceros autorizados y emitir el dictamen correspondiente; IV. Realizar según corresponda, las

Cofepris realizó 47 visitas a establecimientos en los que se practican TRHA y/o funcionan como bancos de células germinales y, resultado de esas visitas, suspendió la licencia a 10 establecimientos.<sup>18</sup>

Si bien, las acciones que realiza la Cofepris, para la expedición de licencias y visitas de verificación, son fundamentales para dar seguridad a los usuarios, estas resultan insuficientes. De aprobarse un marco regulatorio deberá considerarse el que estos centros informen, con cierta periodicidad a la autoridad sanitaria correspondiente, sobre su actividad, número de procedimientos realizados, tasas de éxito, número de embriones supernumerarios,<sup>19</sup> y cualquier otro dato que sea necesario para evaluar su actuación, así como para contar con datos reales sobre la situación de la RHA en México.

#### IV. LEGISLACIÓN APLICABLE A LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN MÉXICO

A pesar de que la primera iniciativa en la materia se presentó en el seno del Poder Legislativo en 1999 (González 2016; Olavarría 2018), a la fecha ningún proyecto ha

---

evaluaciones, verificaciones y supervisiones sanitarias, emitir el dictamen correspondiente y sustanciar en su caso, el procedimiento respectivo por el incumplimiento de las disposiciones de la Ley, sus reglamentos y demás disposiciones administrativas de carácter general; V. Aplicar las medidas de seguridad y las sanciones que procedan, así como vigilar su cumplimiento, de conformidad con lo previsto por la Ley, el presente Reglamento y demás disposiciones aplicables.

<sup>18</sup> Sistema Infomex, folios 1215199572516 y 1215101029118, Recurso de Revisión RRA 1625/19.

<sup>19</sup> También llamados embriones sobrantes o embriones abandonados, son aquellos que no serán transferidos a un útero por diversos motivos. Sobre posibles destinos de estos embriones véase Álvarez (2007).



sido aprobado.<sup>20</sup> En este epígrafe se hará referencia al marco normativo, actualmente aplicable a estos procedimientos en México.

#### 1. A nivel Constitucional

El artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM) establece que todas las personas tienen el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. En esta disposición no se hace distinción entre reproducción consecuencia de un proceso natural o si para lograrla se puede recurrir a TRHA. Por ello, consideramos que el derecho es el mismo, en ambos supuestos; sin embargo, la forma en que podrá ejercitarse es distinta.

El mismo artículo 4o. constitucional, párrafo tercero, expresa: “Toda persona tiene derecho a la protección de su salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud”. Toda vez que la infertilidad constituye un tema de salud, corresponde al Estado atenderla e implementar una política pública integral para abordarla.

Por su parte, el artículo 1º constitucional establece que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

El párrafo cuarto del artículo 1º expresa que:

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado

---

<sup>20</sup> Algunas de las iniciativas que se han presentado en el poder legislativo –ambas cámaras- pueden consultarse en: Grupo de Información en Reproducción Elegida, (2013, 168, 169; en adelante, GIRE; GIRE 2015, 226-228 y Comisión Nacional de Bioética 2013).

civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

En consecuencia, el derecho a procrear, por vía natural o mediante RHA, no podría limitarse, por ejemplo: a personas solteras, parejas del mismo sexo, o por cualquier otra razón que, sin justificación, anule o afecte derechos y libertades.

## 2. Regulación en materia sanitaria

La LGS define las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud. Esta Ley regula el apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana (Artículo 68).

Por su parte, el Reglamento de la Ley General en Materia de Investigación para la Salud incluye algunos aspectos relativos a la RHA. Primero, define a la *fertilización asistida* como aquella en que la inseminación es artificial, -homóloga o heteróloga<sup>21</sup>- e incluye la fertilización *in vitro*. Segundo, prevé que, para la práctica de una fertilización asistida, debe obtenerse una carta de consentimiento informado, suscrito por la mujer y su cónyuge o concubinario. Este consentimiento por parte del cónyuge o concubinario, sólo podrá dispensarse en caso de incapacidad o imposibilidad fehaciente o manifiesta para proporcionarlo; porque el concubinario no se haga cargo de la mujer o, bien, cuando exista riesgo inminente para la salud o la vida de la mujer, embrión, feto o recién nacido (Artículo 43).

La exigencia del consentimiento del cónyuge o concubino, de la mujer que se someterá a un procedimiento de RHA, ha sido un aspecto discutible para algunos autores, por constituir una limitación a la libertad de la mujer para ejercer su derecho a la reproducción (Gómez 1994), postura con la que se coincide. Lo dispuesto en el

---

<sup>21</sup> El Reglamento de la Ley General en Materia de Investigación para la Salud no define los términos homóloga y heteróloga. Entendemos por procedimientos homólogos aquéllos realizados con gametos provenientes de la pareja y heterólogos en los que se utiliza material genético de un tercero, ajeno al proyecto parental.

artículo 43 del citado Reglamento, sobre la necesidad de contar con el consentimiento expreso por parte del marido o concubino de la mujer –casi de manera inexcusable-, constituye una previsión que limita la libertad de la mujer y sus derechos reproductivos sin justificación razonable, condicionando su libertad procreativa a esta autorización marital. En ningún caso podría justificarse la intromisión de los cónyuges o concubinos sobre la capacidad reproductiva del otro.

Si bien, el fin del artículo del Reglamento de la Ley General en Materia de Investigación para la Salud, puede ser el incorporar la presunción de filiación matrimonial a los hijos nacidos producto de estos procedimientos, la redacción de este artículo es errónea y violatoria de derechos humanos. De ningún modo este consentimiento debe entenderse como autorización a la mujer para someterse a un procedimiento de RHA. En todo caso, el consentimiento del cónyuge o concubino debe considerarse como una manifestación de la voluntad para adquirir responsabilidades parentales con el niño o niña que nacerá. Si no existiera esta manifestación de voluntad por parte del cónyuge o concubino, este podría impugnar la paternidad para no asumir las obligaciones parentales sin que ello impida que esos niños puedan requerir información sobre su origen genético y biológico, en aras de garantizar su derecho a la identidad, sin que esto implique determinación legal de la filiación.<sup>22</sup>

El mismo Reglamento establece que, la investigación sobre fertilización asistida sólo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad<sup>23</sup> que no se puedan resolver de otra manera (Artículo 56). En los términos

---

<sup>22</sup> Sobre derecho a la identidad de las personas nacidas por TRHA véase Esparza (2019).

<sup>23</sup> A pesar de que es frecuente que se utilicen los términos de esterilidad e infertilidad como sinónimos es oportuno precisar que, el primero se refiere a aquella situación en la cual una persona no consigue una gestación que llegue a término por ningún medio, tras mantener relaciones sexuales sin el uso de anticonceptivos, durante al menos un año sin éxito. Por su parte, la infertilidad es aquella situación en la que se consigue la gestación, pero no se logra llevarla a término, por un proceso concreto.

que está redactado este precepto, las personas que no acrediten tener un problema médico de fertilidad tampoco podrán acceder a los procedimientos de RHA. Esta disposición excluye a personas solteras o parejas del mismo sexo que desean tener descendencia, a través de TRHA, situación que es discriminatoria por razón de estado civil y/o preferencias sexuales.

## SEGUNDA PARTE

### V. REGULACIÓN DE LA FILIACIÓN EN CASOS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y GESTACIÓN SUBROGADA EN MÉXICO

El artículo 124 de la CPEUM establece el mecanismo de distribución de competencias legislativas, todas aquellas facultades que no están expresamente concedidas al Poder Legislativo Federal, están reservadas para los congresos estatales. Una de las materias que se encuentra dentro la competencia local es la civil y familiar. En consecuencia, los aspectos relativos a filiación, determinación de la paternidad y maternidad son temas cuya competencia corresponde a los congresos locales.

El uso de TRHA demanda cambios en la normativa relativa a la filiación, debido a que amplía las opciones de reproducción y cuestiona las nociones tradicionales de paternidad, maternidad, embarazo, así como también la del parto.

Algunas entidades federativas han incorporado en sus Códigos Civiles y/o Familiares aspectos vinculados con los procedimientos de RHA, generalmente, temas como la filiación de las personas que nacen con ayuda de esos avances científicos y la investigación de la paternidad y/o maternidad en estos casos. Los estados que han regulado sobre estos aspectos son: Ciudad de México, Coahuila, Colima, Estado de México, Jalisco, Michoacán, Puebla, Querétaro, Sonora, Sinaloa, San Luis Potosí, Tabasco y Zacatecas.<sup>24</sup>

No se hará un análisis a profundidad sobre la regulación en estas entidades federativas, únicamente se hablará de los aspectos relacionados con el

---

<sup>24</sup> En el resto del país las legislaciones civiles y/o familiares han sido omisas en incorporar aspectos relativos a la regulación de la filiación de los niños y niñas nacidos a partir de TRHA.

reconocimiento y determinación de la filiación de los hijos nacidos mediante alguna TRHA.

#### A. Ciudad de México (antes Distrito Federal)

El Código Civil para el Distrito Federal dispone en el artículo 162 segundo párrafo, que los cónyuges pueden emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida para lograr su propia descendencia, y quien haya otorgado consentimiento expreso para su realización, no podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge en términos de lo dispuesto por el artículo 326 segundo párrafo, del mismo código.

También hace referencia al consentimiento en el capítulo del parentesco (Código Civil para el Distrito Federal, artículo 293.), al establecer que entre los hijos producto de una TRHA y de quienes la hayan consentido existe parentesco por consanguinidad y para evitar cualquier controversia en el futuro sobre los derechos derivados de la filiación, se establece que no existe ninguna distinción, independientemente de cual haya sido su origen (Código Civil para el Distrito Federal, artículo 338 Bis).

#### B. Coahuila

En la Ley de Familia de Coahuila se reconoce que existe parentesco por consanguinidad entre la hija o hijo producto del uso de TRHA y quien la emplea, o sólo la mujer que haya procurado el nacimiento. Agrega que, la donación de gametos no genera parentesco entre el hijo o hija y el donante (Ley de Familia de Coahuila, artículos 268, 319,374,366 a 374).

Previo al inicio del tratamiento, las personas deberán dar su consentimiento en escritura pública otorgada ante notario público. Quien haya dado su consentimiento no podrá impugnar la filiación. También permite a la persona investigar sobre su origen biológico, pero tratándose de fecundación asistida heteróloga no se establecerá ningún lazo filiatorio entre la hija o hijo y el donante de los gametos.

#### C. Estado de México

El Código Civil del Estado de México, establece que la mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge.

Tampoco podrá dar en adopción al menor nacido mediante este método de reproducción (Código Civil del Estado de México, artículos 4.16, 4.112, 4.113, 4.114, 4.115 y 4.116). Resulta preocupante el contenido de estas disposiciones porque desconocen la capacidad de agencia de las mujeres para tomar decisiones relacionadas con su reproducción y planificación familiar. Primero, se le condiciona el acceso a la conformidad de su cónyuge; segundo, se le niega la posibilidad de dar en adopción al niño o niña que nazca. Es probable que la intención del legislador fuera evitar se realicen acuerdos de gestación subrogada; sin embargo, estas disposiciones vulneran y restringen los derechos reproductivos de las mujeres.

#### D. Jalisco

El Código Civil de Jalisco establece que se presumen hijos de matrimonio los nacidos producto de fecundación asistida con semen del marido (Código Civil de Jalisco, artículos 456 y 457). Es decir, solo se admiten los procedimientos de RHA homólogos y entre cónyuges.

#### E. Michoacán

En este estado, el Código Familiar prevé que los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos, así como emplear cualquier método de reproducción asistida para lograr su propia descendencia (Código Familiar de Michoacán, artículos 149 y 327). Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges. El artículo 327 de este Código reconoce la generación de parentesco por consanguinidad entre el hijo producto de reproducción asistida y quienes la consientan.

Este ordenamiento es a todas luces inconstitucional puesto que hace referencia a decisiones reproductivas asumidas solamente por cónyuges (de común acuerdo); es decir, limita el acceso a personas unidas en matrimonio.

#### F. Puebla

El Código Civil de Puebla establece que existe parentesco por consanguinidad entre el hijo producto de la reproducción asistida y los cónyuges o concubinos que hayan procurado el nacimiento, para atribuirse el carácter de progenitor o progenitores (Código Civil de Puebla, artículo 477 Bis).

#### G. San Luis Potosí



El Código Familiar de esta entidad establece que los cónyuges, de común acuerdo, ejercerán el derecho de decidir de manera libre, responsable e informada, sobre el número y espaciamiento de sus hijas o hijos, y podrán utilizar los métodos de fecundación artificial o asistida, y de esterilización, temporal o permanente (Código Familiar de San Luis Potosí, artículo 28). Pese a que en esta disposición se excluye a las personas unidas en concubinato o a las que sin pareja desean tener hijos a través de la RHA, más adelante prevé que pueden ser destinatarios de TRHA las personas unidas en matrimonio o concubinato, pero solo aquellas que acrediten ser estériles o infértiles podrán recurrir a gametos donados, cuando se compruebe que no existe otra opción.

Este ordenamiento cuenta con un capítulo relativo a la filiación resultante de la “Fecundación Humana Asistida” (Código Familiar de San Luis Potosí, artículos 236-246). Este apartado comienza por definir lo que debe entenderse por RHA, cuáles son las técnicas que se pueden practicar, qué debe entenderse por inseminación homóloga y heteróloga (Código Familiar de San Luis Potosí, artículos 236 a 239). Lo dispuesto en estos artículos constituye una invasión de competencias, toda vez que son aspectos que deben estar previstos en la LGS, en términos el artículo 3º de este ordenamiento legal.

El Código Familiar establece que tratándose de procedimientos con gametos donados no se establecerá ningún lazo de filiación entre el niño o niña y las personas que participaron como donantes (Código Familiar de San Luis Potosí, artículo 242). Por su parte, la filiación de los hijos nacidos fuera del matrimonio, con relación a la madre, resulta del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre, sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una resolución judicial que declare la paternidad. También se consideran hijas o hijos del matrimonio los concebidos mediante prácticas de RHA, realizadas con el consentimiento del marido, quien para tal efecto deberá otorgarlo por escrito, con las formalidades de ley.

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

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

#### H. Sonora

El Código Familiar de Sonora establece que existe parentesco voluntario cuando el nacimiento sea mediante TRHA con gametos ajenos, autorizadas por los cónyuges o concubinos (Código Familiar de Sonora, artículos 206 a 208). Además, cuando se recurra a TRHA heterólogas, los que consintieron voluntariamente el uso de gametos de terceros serán considerados como padres biológicos del niño o niña que nazca por estos métodos, siempre que hayan otorgado expresamente su autorización. Esta autorización podrá hacerse ante el director de la clínica o centro hospitalario, ante notario público o por acuerdo privado suscrito ante testigos. El hijo podrá solicitar, al llegar a su mayoría de edad, informes sobre el progenitor biológico en los mismos casos que en la adopción plena, sin reclamar ningún derecho filiatorio.<sup>25</sup>

En consecuencia, si las partes consintieron recurrir a un procedimiento asistido con gametos donados, no se puede impugnar posteriormente alegando no ser quien aportó el material genético; o sea, el vínculo filial queda determinado por el consentimiento previamente prestado con prescindencia del elemento genético o biológico.

#### I. Zacatecas

---

<sup>25</sup> Si bien el ordenamiento avanza en el sentido de abrir la posibilidad de que el hijo o hija pueda solicitar información sobre los donantes, la ausencia de normativa en la materia que obligue a los responsables de bancos o clínicas a conservar la información y la falta de registros de donantes pueden generar que los interesados se enfrenten a la situación de que la clínica no cuente con la información del donante o que esta no siga operando, en cuyo caso sería materialmente imposible ejercer tal derecho (Esparza 2019).

Existe parentesco por consanguinidad entre el hijo producto de la RHA y los cónyuges o concubinos que hubieren procurado el nacimiento (Código Familiar de Zacatecas, artículo 246).

#### 1. Filiación en casos de gestación subrogada

Hasta este momento, la gestación subrogada en México ha sido regulada únicamente en dos estados: Tabasco y Sinaloa.<sup>26</sup> No se hará un análisis exhaustivo sobre los aspectos normados en torno a la gestación subrogada en estas entidades, solo sobre lo relativo a la determinación de la filiación de niños y niñas nacidos producto de TRHA y por un acuerdo de gestación subrogada.

##### A. Tabasco

En 1997, el estado de Tabasco introdujo una regulación mínima sobre gestación subrogada en su código civil. De hecho, se limitaba a definir la figura en el artículo 92, y establecer la posibilidad del registro de menores nacidos a partir de estos acuerdos, siempre y cuando las partes acudieran al registro civil con el certificado de nacimiento y un contrato notariado. El 13 de enero de 2016 se aprobó una reforma a dicha legislación. La reforma, aunque presenta algunos aspectos

---

<sup>26</sup> Sobre diversos aspectos de la regulación de la gestación subrogada en México se sugiere consultar: Albornoz (próxima publicación) y GIRE (2017).

positivos,<sup>27</sup> contiene disposiciones que invaden competencias;<sup>28</sup> son discriminatorias<sup>29</sup> y otras que generan inseguridad jurídica.<sup>30</sup>

De entrada, por definición, la normativa se refiere a la existencia de una madre y un padre contratantes, lo que excluye implícitamente a personas solteras y parejas del mismo sexo de acceder a estos acuerdos y, por lo tanto, es discriminatoria por razón de estado civil y orientación sexual.

Con relación a la forma en que se determinará la filiación de los niños y niñas nacidos por medio de la RHA, en concreto, por medio de un contrato de gestación subrogada, el código civil es poco claro y contiene disposiciones contradictorias, situación que genera una colisión normativa.<sup>31</sup>

En principio, el artículo 321 del Código Civil establece que la filiación resulta de las presunciones legales, del nacimiento, de la adopción o por virtud de una

---

<sup>27</sup> Resulta favorable que se establezca la obligación de cubrir los gastos médicos derivados del embarazo, parto y puerperio y contratar un seguro de gastos médicos para la mujer gestante; 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 subrogada; y la obligación de que un juez vigile y apruebe el contenido del contrato (GIRE 2017).

<sup>28</sup> Define conceptos como RHA; establece el límite de embriones que podrán transferirse. Aspectos que deben estar regulados en la LGS (GIRE 2017).

<sup>29</sup> Restricciones en cuanto a quiénes pueden acceder a los acuerdos de gestación subrogada y que son discriminatorias, por ejemplo: solo parejas heterosexuales, (GIRE 2017).

<sup>30</sup> Disposiciones ambiguas que se prestan para dejar a las partes en una situación de inseguridad jurídica, (GIRE 2017). La reforma contempla varias razones de nulidad de los contratos de gestación subrogada; sin embargo, no establece con claridad qué implica, estas disposiciones ambiguas generan incertidumbre para las partes que intervienen.

<sup>31</sup> Será el juzgador el responsable de hacer una interpretación jurídica, con el propósito de evitarla o disolverla (tesis I.4o.C.220 C). *f*

sentencia ejecutoriada que la declare. Sin embargo, otros artículos del mismo ordenamiento hacen referencia a formalidades necesarias para generar un vínculo filial entre padres intencionales y el niño o niña que ha nacido. Así, el artículo 380, Bis 5 establece que, para que el juez decrete la filiación es necesario: suscribir el contrato de gestación subrogada ante notario público; renuncia de la gestante y, en su caso, de su cónyuge o concubino, a cualquier derecho de parentesco con el recién nacido; aprobación del contrato por una autoridad judicial y el reconocimiento del parentesco mediante un procedimiento judicial contencioso.

Pareciera que los requisitos referidos en el párrafo anterior son los determinantes para atribuir la filiación en estos casos; sin embargo, el artículo 380 Bis 6 establece que el asentamiento del recién nacido deberá realizarse mediante la figura de la adopción plena aprobada por Juez competente, en los términos del presente Código (Artículo 399),<sup>32</sup> numeral que establece otros requisitos para que sea aprobado.

---

<sup>32</sup> Artículo 399.- Requisitos

Para que la adopción plena tenga lugar se requiere:

I.- Que los adoptantes sean un varón y una mujer casados entre sí o que vivan públicamente como marido y mujer, sin tener ningún impedimento para contraer matrimonio entre sí;

II.- Los adoptantes deben tener como mínimo cinco años de vivir como marido y mujer;

(F. DE E., P.O. 22 DE NOVIEMBRE DE 1997)

III.- Que el menor a adoptar no tenga más de cinco años de edad, se trate de un niño abandonado o de padres desconocidos, sea pupilo en casa de cuna o instituciones similares, o sea producto de un embarazo logrado como consecuencia del empleo de inseminación artificial o fertilización in vitro con la participación de una madre sustituta que haya convenido con los presuntos padres darlo en adopción;

IV.- Que los adoptantes tengan medios bastantes para proveer a la formación y educación integral del adoptado; y

Ahora bien, el artículo 92, párrafo tercero, del Código Civil establece que, en el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena. El último párrafo de este artículo establece que:

Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso.

El último párrafo del artículo 92 prevé que: “Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustituta, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su esposo, el Oficial del Registro Civil no podrá asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, excepto que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare.”

Ahora bien, el artículo 347 respecto de la filiación paterna establece que:

La filiación se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad; pero en el caso de concubinato se podrá justificar la filiación respecto del padre en el mismo juicio de intestado o de alimentos y será suficiente probar los hechos a que se refieren los artículos 340 y 372, tanto en vida de los padres como después de su muerte. Esta acción es imprescriptible y transmisible por herencia. Sin embargo, como una excepción a esta presunción, cuando en el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata, ya sea

---

V.- La adopción debe fundarse sobre justos motivos y presentar siempre ventajas para el adoptado.



que esta última provea o no el óvulo. Esto es, cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido como resultado de una transferencia de embrión, la madre contratante deberá ser considerada la madre legal del niño y éste será considerado hijo legítimo de la mujer que contrató. La filiación de los hijos también podrá acreditarse a través de la prueba biológica molecular de la caracterización del ácido desoxirribonucleico de sus células en el juicio contradictorio.

La determinación de la filiación en este artículo resulta ser una presunción legal y en el último párrafo también admite que la filiación se acredite a través de una prueba de ADN, medio de prueba que resultaría irrelevante para aquellos casos en que se recurra a donantes de gametos.

En conclusión, las disposiciones relativas a la determinación de la filiación de los niños y niñas nacidas por medio de procedimientos de RHA y, en particular, por acuerdos de gestación subrogada, son contradictorias y confusas, situación que genera incertidumbre jurídica para las partes, sobre todo para los niños y niñas que pueden verse afectados por la falta o demora en el reconocimiento del vínculo filial, y con ello, de los derechos y obligaciones que se generan con este.

## B. Sinaloa

Con relación al acceso a procedimientos de RHA, el artículo 68 del Código Familiar establece que los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida,<sup>33</sup> para lograr

---

<sup>33</sup> El Código Familiar del Estado de Sinaloa define la RHA en su artículo 282 como: Las prácticas clínicas y biológicas, para la creación de un nuevo ser humano, logrado mediante el conjunto de técnicas científicamente acreditadas y autorizadas por la Secretaría de Salud, y realizadas con la intervención del personal de la salud, constituidas por métodos de fertilización de células germinales, gametos de uno o ambos sexos; además de la reproducción de cigotos y embriones que permita la procreación fuera del proceso natural de la pareja infértil o estéril. Este aspecto debe estar previsto en la LGS y no en el Código Familiar del Estado.

su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

En esta entidad federativa, la figura de la gestación subrogada<sup>34</sup> se introdujo en 2013 en el código familiar (Código Familiar de Sinaloa, art. 282-297) y se define como la práctica médica a través de la cual una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando la mujer padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento.

Este ordenamiento prevé que solo podrán celebrar acuerdos de gestación subrogada las parejas heterosexuales (Código Familiar de Sinaloa, art.287); además, es requisito que la madre intencional esté imposibilitada físicamente o exista contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero (Código Familiar de Sinaloa, art. 283).

El artículo 240 de este ordenamiento prevé que la filiación puede tener lugar por consanguinidad o por adopción. La filiación consanguínea es el vínculo de parentesco que surge de la relación genética entre dos personas, por el sólo hecho de la procreación, incluyendo la reproducción asistida consentida, con material genético de ambos padres. Es decir, en este tipo de filiación no se prevén los procedimientos de RHA con gametos provenientes de donantes.

A pesar de que la disposición señalada en el párrafo que antecede prevé que la filiación por consanguinidad se produce solo cuando el material genético proviene de ambos padres; otros artículos del mismo código familiar establecen diversos aspectos contradictorios con esta disposición. Así, el artículo 198 prevé que existe parentesco por consanguinidad, entre el hijo o hija producto de reproducción asistida entre el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora. Fuera de este caso, la

---

<sup>34</sup> En el artículo 284 del Código en cita se enuncian las modalidades de la gestación sustituta que tienen aplicabilidad en el Estado, tales como la subrogación total, la subrogación parcial, la subrogación onerosa y la subrogación altruista.

donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo resultado de la reproducción asistida. La redacción de este artículo, al contrario de lo dispuesto en el artículo 240, prevé que hay parentesco por consanguinidad, aunque el material genético no haya sido provisto por ambos padres.

El artículo 287 establece, entre otros requisitos, que el instrumento sea suscrito por parte de la madre y el padre intencionales, así como por la mujer gestante, intérprete -si fuera necesario-, el notario público y el director de la clínica o centro hospitalario, así como los datos referentes al lugar, año, mes, día y hora en que se otorga. Tal como lo prevé el artículo 293, este instrumento deberá ser notificado a la Secretaría de Salud para sus efectos y al Oficial del Registro Civil a fin de que el niño sea contemplado en su filiación como hijo de la madre y padre o madre intencionales.

En contraste con estos dos Estados, Querétaro<sup>35</sup> y San Luis Potosí<sup>36</sup> han incluido artículos en su código 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>37</sup> En el resto del país, la práctica de la gestación subrogada permanece desregulada.

---

<sup>35</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>36</sup> Código Familiar de San Luis Potosí. Artículo 243. Es inexistente la maternidad substituta y por lo mismo no producirá efecto legal alguno. Si un embrión fuese implantado en una mujer distinta a la cónyuge o concubina, la maternidad se le atribuirá a la primera.

<sup>37</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

## VI. VOLUNTAD PROCREACIONAL

Generalmente cuando las personas, en pareja o en solitario, recurren a TRHA lo hacen para no renunciar a tener descendencia con la que estén genéticamente vinculados. Sin embargo, el elemento genético no debe ser, en todos los casos, el que determina la filiación, sino el volitivo. Es decir, la voluntad de querer llevar adelante un proyecto parental, de manera individual o en pareja (Iturburu, Salituri y Vázquez 2017).

Como ya hemos precisado, las TRHA pueden practicarse con gametos provenientes de la pareja o de terceros. En los casos de TRHA heterólogas, la identidad genética corresponderá al donante -gametos femeninos, masculinos y/o embriones- y la identidad volitiva la asumirán la o las personas que no aportaron sus gametos, pero desean admitir la paternidad y/o maternidad. Por ejemplo, una pareja heterosexual que recurre a una TRHA con gametos masculinos de un donante; en este caso, el niño o niña que nacerá no tendrá vínculo genético con el hombre en esta pareja; sin embargo, al manifestar su voluntad para procrearlo, asume su filiación con ese niño o niña y con esta, las obligaciones parentales que se generan, y no podrá impugnar su paternidad alegando que no los une vínculo genético, porque es la voluntad procreacional, debidamente prestada, la que determina ese parentesco.

En la procreación con ayuda de avances científicos, la voluntad procreacional adquiere suma importancia en la filiación, de modo que, cuando en una misma persona no coinciden el elemento genético, el biológico y la voluntad, se debe dar preponderancia a la voluntad. Es decir, debe prevalecer la paternidad o maternidad consentida, por sobre la genética. Se está frente a lo que algunos autores consideran nuevas realidades que importan una “desbiologización y/o desgenetización de la filiación”, y en cuya virtud, el concepto de filiación ganó nuevos contornos comenzándose a hablar de voluntad procreacional (Lamm 2015, 81). Esta manifestación de voluntad debe entenderse como la expresión de una

---

quien lo aportó”. Por lo que, a partir de 2015 Coahuila forma parte de los estados en los que la gestación subrogada no está regulada.

persona que de manera libre y consentida asume las consecuencias de un acto, como sucede por ejemplo en la voluntad en casos de adopción (Guzmán y Valdés 2017).

En México, debido a la falta una regulación específica en cuanto a la forma en cómo debe expresarse esa voluntad y, por tanto, otorgar el consentimiento para iniciar un proceso de RHA heterólogo, se puede recurrir a preceptos generales, en el caso particular, el artículo 1803 del Código Civil Federal establece que la voluntad puede otorgarse de manera expresa o tácita.<sup>38</sup> Otra posibilidad es que, ante la falta de regulación sobre ello, el operador jurídico pueda concluir que la prueba ideal para acreditar la voluntad procreacional, sea el documento, generalmente recabado por los responsables de las clínicas, donde conste la expresión de las personas para someterse a ese tratamiento (tesis: 1ª. LXXX/2018).

## VII. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

En junio de 2011 se publicaron diversas reformas a la CPEUM.<sup>39</sup> La modificación del párrafo primero, y la adición de los párrafos segundo y tercero al artículo 1o.

---

<sup>38</sup> Artículo 1803.- El consentimiento puede ser expreso o tácito, para ello se estará a lo siguiente:

I.- Será expreso cuando la voluntad se manifiesta verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos, y

II.- El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.

<sup>39</sup> Publicada en el *DOF* el 10 de junio de 2011. Sobre la reforma constitucional véase, Salazar, Caballero y Vázquez (2014); Carbonell y Salazar (2012) y Reforma dh. Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal/SCJN/Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, junio de 2013, disponible en: <http://www.reformadh.org.mx/>.

incorporan al texto constitucional figuras que inciden en la protección, defensa y garantía de los derechos humanos, y los extiende a las actuaciones de los poderes públicos y en la aplicación e interpretación al resto del ordenamiento jurídico. Así, en términos de lo que establece la Constitución, la interpretación normativa en materia de derechos humanos se hará de conformidad con lo previsto en la ley fundamental y los tratados internacionales ratificados por México, favoreciendo en todo momento la protección más amplia a las personas.

Por su parte, el Pleno de la SCJN al estudiar la Contradicción de Tesis 293/2011 resolvió que los derechos humanos, con independencia de su fuente, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de todas las normas y actos de autoridad que forman parte del ordenamiento jurídico mexicano y que los tratados internacionales tienen eficacia constitucional; además que, la jurisprudencia interamericana es vinculante, siempre que sea más favorable a la persona, tanto la derivada de asuntos contra el Estado mexicano como la producida en asuntos frente a los demás Estados miembros (García 2014).

La Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) en su artículo 17, párrafo segundo, 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”.

Así, la Corte IDH ha fijado su postura en algunas resoluciones sobre el concepto de familia y sobre la aplicación de las TRHA. Este contexto jurisprudencial convencional hace importantes aportes en materia de RHA para México. En este apartado, se hará referencia a tres criterios jurisprudenciales, con relevancia en el tema.

#### 1. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile

En este caso la controversia tuvo origen en el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría sufrido la señora Atala debido a su

orientación sexual, lo cual desencadenó un proceso judicial que concluyó con el retiro de la custodia de sus hijas.<sup>40</sup>

Al resolver el caso, la Corte IDH asevera que “en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo ‘tradicional’ de la misma”. Y agrega, “el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio” (Atala Riffo y niñas vs. Chile, párr. 142).<sup>41</sup>

## 2. Caso Fornerón e hija vs. Argentina

En términos generales, los hechos del caso refieren que el señor Fornerón se enteró del nacimiento de su hija biológica un día después del alumbramiento, y no obstante su intención de hacerse cargo de ella, la madre, la entregó en guarda previa a la adopción a un matrimonio sin el consentimiento del señor Fornerón.<sup>42</sup> En virtud de ello, éste promovió diversos litigios a fin de evitar la adopción de su hija y obtener su guardia y custodia o, al menos, el establecimiento de un régimen de visitas, con el fin de tener una relación filial con ella, sin que nada de ello fuera posible a lo largo

---

<sup>40</sup> Sobre un análisis del caso véase Gómora (2018).

<sup>41</sup> En similar sentido, la SCJN de México, al resolver la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, señaló que el reconocimiento jurídico de la existencia de familias homoparentales que existen, vía reproducción o adopción, no desatiende el interés superior del niño. Por el contrario, de dicho reconocimiento derivan una serie de derechos a favor de los menores de edad y de obligaciones de quienes son sus padres, pues es una realidad que dichas familias existen y, como tales, deben ser protegidas por el legislador. A pesar de que la SCJN en México se ha pronunciado sobre el reconocimiento a diversos modelos familiares, constituye una obligación para todas las autoridades en México el observar también la jurisprudencia de la Corte IDH, al momento de legislar y/o resolver cualquier conflicto sobre acceso a TRHA por personas en solitario o parejas del mismo sexo. Sobre modelos familiares véase González (2012).

<sup>42</sup> Sobre el caso Fornerón e hija vs. Argentina véase Tello (2012). *f*



de 12 años. El tema central del caso gira en torno a otro tipo filial como el adoptivo; sin embargo, de manera general, se amplía la noción de familia y su protección a la luz del artículo 17 de la CADH.

La reproducción mediante el uso de TRHA constituye otro modo de monoparentalidad originaria. La Corte IDH ha resaltado que “no hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños. La realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que ésta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas” (Fornerón e hija vs. Argentina 2012, párr. 98).

### 3. Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica

La sentencia sobre el caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica, representa un avance en el reconocimiento y protección de los derechos reproductivos, integridad personal, libertad personal, derecho a la vida privada y familiar, derecho a fundar una familia, igualdad ante la ley e igual protección de la ley, derechos reconocidos en la CADH.

En este fallo, la Corte IDH determina sobre el alcance de la protección del derecho a la vida; al decir que, la protección inicia con la implantación uterina y no con la fertilización del embrión y que la protección de la vida prenatal es gradual e incremental. Establece que la prohibición de servicios de salud reproductiva puede tener un impacto discriminatorio basado en el género, al considerar que los derechos del embrión deben prevalecer sobre los de la mujer y que solo a través del ejercicio de los derechos de las mujeres puede darse la protección de la vida prenatal; discriminación por condición del estatus socioeconómico, debido a que las personas sin recursos para practicarse la fertilización *in vitro* en otro país, quedaron imposibilitadas para acceder a estos procedimientos en su Estado.

## VIII. JURISPRUDENCIA EN MÉXICO

Los rápidos y permanentes avances en el ámbito de la RHA así como la ausencia de un marco normativo que regule de manera adecuada y completa lo relativo al acceso y forma en que deben realizarse las TRHA en México, ha provocado que los

conflictos suscitados tengan que ser resueltos por la vía judicial, esto con el inconveniente de que, a pesar de que se vayan estableciendo precedentes importantes en la materia, las resoluciones judiciales favorecen solo a quienes promueven la intervención y el resto de las personas continúan desprotegidas y vulnerables a que sus derechos humanos sigan violándose.

En este apartado se expondrán algunos de los criterios adoptados principalmente por la SCJN para dirimir controversias en torno al acceso, práctica y aspectos relativos a la determinación de la filiación en casos de personas nacidas a través del uso de TRHA. El orden para su exposición es cronológico.

1. Derecho a la identidad de un menor, nacido mediante inseminación artificial heteróloga

Este fue uno de los primeros casos resueltos por la SCJN derivado de un conflicto que involucra procedimientos de RHA (Amparo Directo en Revisión 2766/2015). Los hechos son los siguientes: por motivos de infertilidad masculina, una pareja casada recurrió, de común acuerdo, a un donante para realizar una inseminación artificial. A los cuatro años del nacimiento la pareja se divorcia y disuelto el vínculo matrimonial, la madre demandó desconocer la paternidad de su ex esposo.

La madre del niño argumentó que en un proceso de inseminación artificial heteróloga, únicamente la madre tiene un lazo genético con el niño, de modo que ella debía ser reconocida como la única progenitora; que la filiación no se puede obtener por un acuerdo de voluntades o con el simple reconocimiento de paternidad y que al niño producto de una inseminación artificial con gametos masculinos de un donador anónimo, se le estaba negando el derecho a conocer su verdadera identidad y origen biológico.

La SCJN resuelve que cuando dentro del matrimonio se consiente una TRHA, uno de los factores fundamentales para determinar la filiación de los niños nacidos a través de dichas técnicas será la voluntad de los padres. Así, cuando en el ejercicio de un derecho en su dimensión de pareja, existe consentimiento de los cónyuges para someterse a una inseminación artificial heteróloga, lo que se está dirigiendo es la voluntad consensuada de ambos para ejercer su derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de

sus hijos, ello a pesar de que entre el cónyuge varón y el menor no existan lazos genéticos.

En este caso, la Corte empieza a desarrollar el concepto de *voluntad procreacional* (Iturburu, Salituri y Vázquez 2017) y entiende por tal el deseo de asumir a un hijo como propio, aunque biológicamente no lo sea. La Corte resolvió que, en este caso, la filiación no se determina por la verdad biológica, sino por la voluntad procreacional expresada por ambos cónyuges para someterse a este procedimiento de inseminación artificial heterólogo, lo que acarrea una filiación indisoluble entre el niño que ha nacido y el cónyuge que asumió esa paternidad.

La Corte agregó que, no debe confundirse la impugnación de la filiación con el derecho a conocer el origen biológico; si el menor quisiera hacer valer algún derecho frente al donante, derivado del nexo genético, ello sería materia de una controversia distinta y que, la revelación de la identidad del donante, de ser procedente, no necesariamente implicará la determinación legal de la filiación, dado que la acción de conocimiento del origen biológico tiene como finalidad tener acceso a la verdad biológica.

En este caso, el respeto del derecho a la identidad del menor, se garantiza con la conservación de la filiación del padre que manifestó su voluntad procreacional para que la madre se sometiera a dicho tratamiento. Con esta conclusión, la Corte buscó salvaguardar la identidad del niño y su interés superior, al preservar su relación familiar y la satisfacción de sus derechos, derivada de la prevalencia de las consecuencias legales inherentes a la filiación.

## 2. Derecho a la vida familiar de las parejas del mismo sexo

El 18 de enero de 2017 la Primera Sala de la SCJN aprobó la tesis de jurisprudencia 8/2017 (10a.). Este criterio establece que la vida familiar entre personas del mismo sexo no se limita a la vida en pareja, puede extenderse a la procreación y crianza de niños y niñas procreados o adoptados o parejas que utilizan los avances científicos para procrear. Esta jurisprudencia reafirma la obligación en materia de derechos humanos, de reconocer a la familia como una realidad social con múltiples formas y manifestaciones. En ese sentido, la Corte reconoce expresamente la existencia de 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.

La relevancia de esta jurisprudencia es la obligatoriedad de su observancia para todos los órganos jurisdiccionales. Esta decisión reiterada por parte de la SCJN constituye un avance en la garantía del derecho a la igualdad y no discriminación por motivos de orientación sexual y estado civil.

3. Criterios de admisión al servicio de RHA en un hospital público

En noviembre de 2017, la Segunda Sala de la SCJN amparó a una derechohabiente del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE) en contra de la negativa de la institución para acceder al servicio de RHA que ofrece el Centro Médico Nacional “20 de Noviembre”, por no cumplir con uno de los requisitos de ingreso, en específico el relativo a la edad (Amparo en Revisión 619/2017). La Corte, al resolver el caso, estableció que 3 de los requisitos de admisión a este programa son violatorios de derechos humanos. El primero, el límite de edad -35 años en mujeres y 55 en hombres-, es violatorio de los principios de igualdad y no discriminación, porque esa restricción no está directamente relacionada con el derecho a la salud, que incluye el acceso a los servicios de salud reproductiva. El segundo, que los solicitantes sean parejas constituidas legalmente –matrimonio o concubinato-, es contrario a los principios de igualdad y no discriminación, excluye a personas solteras, aunado a que, tampoco está directamente relacionado con el derecho que pretende proteger, pues el concepto de familia que contempla el artículo 4º constitucional, se refiere a la familia como realidad social.

Por último, sólo pueden ingresar al programa, las parejas sin anomalías genéticas heredables a sus hijos. Este último criterio, a juicio de la Corte, contraviene los principios de igualdad y no discriminación porque no es la menos restrictiva, y al aplicarla se estaría limitando el derecho a la salud reproductiva.<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> Pese a que, ya lo dijo la Corte, los criterios de admisión del CMN “20 de noviembre” del ISSSTE no han sido modificados. Requisitos similares se imponen

#### 4. Reconocimiento de maternidad dual

Si bien, el resto de los casos expuestos en este apartado corresponden a asuntos resueltos por la SCJN, se consideró relevante incluir el fallo del Juez Noveno de Distrito, en Morelia, Michoacán al conceder el amparo a las quejas que pretendían se les reconociera a las dos como madres de sus menores hijas, en el acta de registro de nacimiento (Amparo Indirecto 1151/2015).<sup>44</sup>

El 25 de noviembre de 2015 dos mujeres interpusieron juicio de amparo indirecto reclamando al Director del Registro Civil en el Estado la negativa para registrar el nacimiento de sus menores hijas y reconocer su maternidad dual.<sup>45</sup> Al momento de registrar a sus hijas, alegaron que se les tenía que reconocer a ambas

---

en otras instituciones públicas que realizan procedimientos de RHA en México, véase Esparza (2017, 628).

<sup>44</sup> Sobre el caso véase Hernández y García (2018).

<sup>45</sup> En 2011, un caso similar fue resuelto por la autoridad judicial en Argentina. Una pareja de mujeres solicitó se dejara sin efecto el acto administrativo del Registro Civil que negaba el reconocimiento del niño por parte de una de las mujeres. El niño había nacido por un tratamiento de fertilización *in vitro*. El óvulo fecundado -con semen de donante- había sido aportado por la mujer a la que se le impedía el reconocimiento —con quien tiene vínculo genético— y luego transferido a la mujer que lo dio a luz. Solicitaron que se inscribiera el reconocimiento en la partida de nacimiento, lo cual fue concedido por el tribunal de grado. Los argumentos de la resolución fueron: el derecho a la igualdad y a no ser discriminado (en relación con la pareja), el derecho a la identidad del niño, a la autonomía personal y a la dignidad. La autoridad entendió que “la voluntad procreacional modifica la idea de identidad como sinónimo de vínculo biológico y, en cambio, inspira el contenido del derecho a la identidad en sentido amplio y multifáctico, inclusivo de aspectos que se vinculan con lo que se conoce como la identidad en sentido dinámico”. En Argentina, existen otros precedentes jurisprudenciales sobre conflictos jurídicos con relación a la filiación de los niños nacidos por RHA. Estos precedentes judiciales pueden consultarse en Iturburu, Salituri y Vázquez (2017).

como progenitoras, en virtud de que una aportó el óvulo fecundado mediante la técnica de fecundación *in vitro*, mientras que la otra ostentaba el derecho de maternidad por razón de alumbramiento. La autoridad registral fundó la negativa en que la legislación estatal no prevé la posibilidad de que figuren dos mujeres como madres en el acta del registro.

El juez que resolvió el caso analizó el asunto en tres partes. En la primera, analizó los derechos de las niñas, como son el derecho a la identidad, al nombre, a conocer su identidad biológica, a una filiación reconocida legalmente –por doble maternidad- y todos los derechos que de esa filiación deriven. En la segunda parte, el derecho de procreación de ambas mujeres, para figurar ambas como madres en el acta de nacimiento, el juez analizó sus respectivos derechos a la igualdad ante la ley, protección a la familia y libertad procreacional. En la tercera parte, analizó la inconstitucionalidad de los preceptos relativos al registro del nacimiento de las personas y la exclusión a la doble maternidad, originada por el nacimiento de hijos producto de procedimientos de RHA.<sup>46</sup>

El 22 de junio de 2017 se les concedió el amparo y protección de la Justicia Federal para que la autoridad registral en el Estado, realizara lo siguiente: 1) Restituyera en el pleno goce de sus derechos a las quejas, esto es, no les aplicara las porciones normativas declaradas inconstitucionales (artículos 49, 51 y 345 del Código Familiar); 2) No se aplicara a las quejas esas porciones normativas en el futuro; es decir, no podrán utilizarlo como base para negar a las quejas beneficios o establecer cargas relacionadas con la doble maternidad pretendida; 3) El Director del Registro Civil del Estado dejara sin efectos el oficio por el cual dio respuesta negativa a la petición de las quejas para registrar la maternidad dual y en

---

<sup>46</sup> En este caso, una de las mujeres aportó sus gametos y la otra llevó a término el embarazo, pero podrían haber recurrido a una donante de óvulos o bien utilizar los gametos de la mujer que gestó el embarazo y, en ambos los casos, al existir esta voluntad procreacional, por parte de la mujer que no gestó el embarazo, legalmente también podría haber solicitado su inscripción como madre de las niñas en el acta de nacimiento.

sustitución emitiera otro autorizando ese registro, a fin de garantizar el derecho a la identidad de las niñas (Amparo Indirecto 1151/2015, 114-119).

#### 5. Filiación en casos de gestación subrogada

En noviembre de 2018 la SCJN resolvió el primer asunto directamente relacionado con un acuerdo de gestación subrogada, debido a la negativa de la autoridad local a reconocer la relación filial entre una pareja de hombres y un niño nacido a través de este acuerdo en el estado de Yucatán, en donde la práctica de la gestación subrogada no está regulada (Amparo en Revisión 553/2018). Por ello, 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.

La Corte resolvió que para el reconocimiento de la relación filial es necesario evaluar la voluntad procreacional y, con ello, todas las responsabilidades derivadas de la filiación, por parte de los padres intencionales (Tesis 1a. LXXVIII/2018). 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 (Tesis 1a. LXXVIII/2018).

### IX. CONCLUSIÓN

La práctica de procedimientos de RHA en México no es reciente y la expansión de establecimientos en los que se practican revela una realidad; cada día más personas recurren a TRHA para tener hijos. Sin embargo, hasta este momento, no se cuenta con una regulación que norme los aspectos generales del acceso y provisión de estos servicios, situación que impacta de manera negativa en el ejercicio de diversos derechos humanos, entre ellos, el derecho a fundar una familia, a la protección de la salud, a la vida privada, a beneficiarse del progreso científico, entre otros.

Es fundamental que la normativa que se adopte se integre desde una perspectiva democrática, respetuosa de los derechos humanos y del progreso



científico, de conformidad con los estándares más altos de protección a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en tratados internacionales de derechos humanos ratificados por México. Además, es fundamental que la legislación respete la distribución de competencias entre la Federación y los estados. Es decir, que la regulación de los aspectos generales de los servicios de RHA se haga a través de una reforma a la Ley General de Salud y sean los congresos locales los que prevean aspectos relativos a la filiación de los niños y niñas que nacen por medio de procedimientos de RHA.

El consentimiento expresado de manera libre e informada es un presupuesto indispensable para la práctica de TRHA. Es necesario distinguir los diferentes ámbitos del consentimiento; primero, la autorización por parte de los y las usuarias para la intervención sobre su cuerpo y/o células germinales; por otra parte, la manifestación de la voluntad para asumir las obligaciones parentales que se generan a partir de estos procedimientos reproductivos, es decir la voluntad procreacional.

En ese sentido, es fundamental que los códigos civiles y/ o familiares locales prevean la forma en que la voluntad procreacional deberá quedar asentada, a efecto de garantizar el vínculo filial que se genera y con este la prevalencia de las consecuencias legales inherentes a la filiación.

## X. BIBLIOGRAFÍA

ALBORNOZ, María Mercedes. Próxima publicación. *La gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado y Comparado*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y Centro de Investigación y Docencia Económicas.

ÁLVAREZ DÍAZ, Jorge Alberto. 2007. "Historia contemporánea: las técnicas complejas de reproducción asistida". *Ginecología y Obstetricia de México* N° 75: 293-302.

ANDORNO, Roberto. 2009. "Técnicas de procreación asistida". En. *Hacia un instrumento regional internacional sobre bioética. Experiencias y expectativas* coords. Ingrid Brena Sesma y Gérard Toboul, México: UNAM.

- BRENA SESMA, Ingrid. 2012. "La fecundación asistida, ¿historia de un debate interminable? El informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos". *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM N° XII: 26-45.
- BRENA SESMA, Ingrid. 2016. "La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Artavia Murillo y otra fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica. Un avance en el pensamiento laico en Latinoamérica". En vol. 1 *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudio homenaje a Jorge Carpizo*, coords. Miguel Carbonell Sánchez, Héctor Felipe Fix-Fierro, Luis Raúl González Pérez y Diego Valadés Ríos. Derechos Humanos. México: UNAM.
- BRENA SESMA, Ingrid. 2019. *La fecundación in vitro en el sistema interamericano de justicia. Implicaciones para México*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- CANO VALLE, Fernando, Daniel Márquez Gómez y Pastora Melgar Manzanilla. 2014. *Medicina y estructuras jurídico-administrativas en México. Hacia la reforma integral del sistema de salud mexicano*. México: UNAM.
- CARBONELL, Miguel y Pedro SALAZAR. 2012. *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*. México: SCJN-UNAM y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Comisión Nacional de Bioética. 2013. "Informe de actividades de la Comisión Nacional de Bioética en torno al marco regulatorio en materia de reproducción humana asistida". <http://www.conbioetica-mexico.salud.gob.mx/descargas/pdf/Informe.pdf>
- ESPARZA PÉREZ, Rosa Verónica. 2017. "La depreciación de los derechos humanos y la regulación de la reproducción humana asistida en México donación de gametos". *Gaceta Médica de México* 153 (5): 626-632.
- ESPARZA PÉREZ, Rosa Verónica y Fernando CANO VALLE. 2018. "El anclaje jurídico ante las técnicas de reproducción asistida". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 51 (151): 13-50.

- ESPARZA PÉREZ, Rosa Verónica. 2019. "Regulación de la donación de gametos y embriones en las técnicas de reproducción humana asistida: ¿anónima o abierta?". *Gaceta Médica de México* 155 (1): 3-14.
- GARCÍA SILVA, Fernando. 2014. "Derechos humanos y restricciones constitucionales: ¿Reforma constitucional del futuro vs. Interpretación constitucional del pasado? (Comentario a la C.T. 293/2011 del Pleno de la SCJN)". *Cuestiones Constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional* 30: 251-272.
- GIRE (Grupo de Información en Reproducción Elegida). 2013. "Omisión e Indiferencia. Derechos Reproductivos en México". <http://informe.gire.org.mx/caps/cap6.pdf>.
- GIRE. 2015. "Niñas y Mujeres sin Justicia. Derechos Reproductivos en México". <https://gire.org.mx/wp-content/uploads/2016/07/INFORME-GIRE-2015.pdf>
- GIRE. 2017. *Gestación subrogada en México. Resultados de una mala regulación*. <http://gestacion-subrogada.gire.org.mx/#/>.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda. 1994. *El derecho a la reproducción humana*. Madrid: Marcial Pons.
- GÓMORA JUÁREZ, Sandra. 2018. "El caso Atala Riffo y niñas vs. Chile: sobre la relación entre derechos, razonamiento judicial y estereotipos", En *Bioética y decisiones judiciales*, eds. Miguel Carbonell Sánchez, Pauline Capdevielle y Giovanni Azael Figueroa Mejía, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria. 2012. "Modelos familiares ante el nuevo orden jurídico: Una aproximación casuística". En *Las familias en el siglo XXI: Una mirada desde el derecho*, eds. Miguel Carbonell Sánchez, José Carbonell y Nuria González Martín. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- GONZÁLEZ SANTOS, Sandra. 2016. "From Esteriology to Reproductive Biology: The Story of the Mexican Assisted Reproduction Business". *Reproductive, Biomedicine and Society* N° 2: 124-130.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria. Próxima publicación. "Estados cuya legislación prohíbe la gestación por sustitución". En, *La gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado y Comparado*, ed. Albornoz, María Mercedes. México:

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y Centro de Investigación y Docencia Económicas.

GUZMÁN AVALOS, Aníbal y María del Carmen VALDÉS MARTÍNEZ. 2017. "Voluntad procreacional". *Oñati socio-legal series* 1(1):75-96.

HERNÁNDEZ VALDÉZ, Martha Patricia y Antonio MARTÍNEZ GARCÍA. 2018. "Análisis en torno a una sentencia sobre maternidad dual en México: reflexiones sobre el derecho a la identidad y a la verdad biológica". CONAMED (Comisión Nacional de Arbitraje Médico) 23 (4): 198-202.

ITURBURU, Mariana, María Martina SALITURI AMEZCUA y Mariana VÁZQUEZ ACATTO. 2017. "La regulación de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en la Argentina: voluntad procreacional y consentimiento informado". *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* 11(39): 91.

KAMEL, Remah Moustafa. 2013. "Assisted Reproductive Technology after the Birth of Louise Brown". *Journal of Reproduction & Infertility*, 14(3): 96-109.

LAMM, Eleonora. 2015. "La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida". *Revista de Bioética y Derecho* 4: 76-91.

OLAVARRÍA, María Eugenia. 2018. *Gestación para otros en México. Parentesco, tecnología y poder*. México: Universidad Autónoma Metropolitana y GEDISA.

RED LARA. 2012. "Estado Actual de la Reproducción Asistida en América Latina y el Mundo", [http://redlara.com/PDF\\_RED/Situacao\\_atual\\_REDLARA\\_no\\_mundo.pdf](http://redlara.com/PDF_RED/Situacao_atual_REDLARA_no_mundo.pdf).

SALAZAR, Pedro, José Luis CABALLERO OCHOA y Luis Daniel VÁZQUEZ. 2014. *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*. México; Instituto Belisario Domínguez y Senado de la República.

SUÁREZ ÁVILA, Alberto Abad. 2015. *Laicidad y derechos reproductivos en la jurisdicción constitucional latinoamericana*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

TELLO MORENO, Luisa Fernanda. 2012. "Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Fornerón e hija vs. Argentina". *Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos* 7(21) 175-187.

VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. s. d. "Reproducción asistida". En *Enciclopedia de bioderecho y bioética*. Dir. Carlos María Romero Casabona. <https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/278>.

**Anexo 5.** Dictamen aprobatorio para publicación del artículo “Voluntad procreacional: presupuesto para la filiación derivada de procedimientos de reproducción humana asistida en el contexto mexicano”



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad Universitaria  
Delegación Coyoacán, 04510 México D. F. Fax (55) 5665-2193

A quien corresponda:

Por medio de la presente se hace constar que el artículo “Voluntad procreacional: Presupuesto para la filiación derivada de procedimientos de reproducción humana asistida en el contexto mexicano”, escrito por la maestra Rosa Verónica Esparza Pérez, ha sido aceptado para su publicación en la edición número 158 del *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (e-ISSN: 2448-4873), después de haber superado de manera exitosa el respectivo proceso de dictaminación *dobles ciegos*.

Sin otro particular por el momento, se extiende la presente para los fines que convengan a la interesada.

Atentamente,

Dra. Ma. Carmen Macías Vázquez

Directora del *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*

“POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU”

Ciudad Universitaria, a 9 de diciembre de 2019