**La procreación como derecho
humano en la reproducción
humana asistida heteróloga**

Montserrat Ortega Ruiz

La procreación como derecho humano en la reproducción humana asistida heteróloga

Montserrat Ortega Ruiz¹²

SUMARIO: 1. Introducción 2. La reproducción humana asistida y sus efectos en la filiación. 3. Avances legislativos en México en técnicas de reproducción humana asistida. 4. La procreación como derecho humano y la responsabilidad del Estado de garantía. 5. Derecho de procrear entre personas del mismo sexo. 6. Gestación por subrogación 7. Conclusiones, 8. Fuentes de Consulta.

1. Introducción

La necesidad de procreación y tener descendencia está ligada a la mayoría de los seres humanos; los problemas de infertilidad y el avance científico en las técnicas de reproducción asistida (TRHA) han permitido a las personas alcanzar sus

¹² licenciada en Derecho por la Universidad Veracruzana, maestranda en derecho privado por la UCC, maestra en Derecho Notarial por el Colegio de Veracruz, maestranda en derechos humanos por la Universidad de Xalapa, doctoranda en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UV, cuenta con diversos diplomados en género y derecho parlamentario, se ha desempeñado como diputada local de la 65 legislatura del Estado de Veracruz, conferencista, oficial del registro civil, integrante de la Comisión Permanente Nacional PAN, Secretaria Estatal de Promoción Política de la Mujer Veracruz, presidenta de la Fundación para el Desarrollo de las Huastecas A.C.

objetivos de procreación. México incluye (TRHA), en clínicas privadas y tres instituciones públicas, sin embargo, no se ha legislado una ley general en la materia que otorgue certeza jurídica a las personas involucradas: padres intencionales y nacidos mediante (TRHA), a no ser por vía de juicios de amparo y sentencias ejecutorias; lo que se traduce en discriminación y derechos de clase.

La nueva realidad social y médica nos permite conformar familias distintas a la estructura convencional heterosexual, con familias trans, homoparentales, monoparentales, homo afectivas, a través de gestantes subrogadas, mujeres que conciben ya sea con semen crío preservado o embriones fecundados de cónyuge o concubino muerto, lo que denominamos fecundación post-mortem, con las implicaciones jurídicas y bioéticas que conlleva. La nueva concepción de familia basada a través de la voluntad procreacional, de los llamados padres o madres de intención, donde el vínculo de filiación tiene su origen en la voluntad para establecer un vínculo filial equiparable a la filiación por adopción, no a la línea biológica. La noción de mater semper certa est (madre siempre cierta es) se encuentra desarticulada ante la posibilidad de procreación mediante gestantes subrogadas, donde el esclarecimiento del parentesco biológico, a través de instituciones jurídicas aplicables, se vuelven insuficientes para establecer la filiación.

Se deben revisar los tópicos que suceden en torno a las derivaciones que subyacen en el derecho familiar a partir de los nuevos modelos de procreación. De los cuales se derivan la filiación, el interés superior de la niñez, la libertad reproductiva, el parentesco, los derechos sucesorios, la identidad, la verdad biológica y la incompatibilidad entre filiaciones contrapuestas.

El estado debe ser garante del artículo 4º Constitucional, referente a la libertad reproductiva y por convencionalidad al artículo 10 del protocolo adicional de la Convención en Materia de derechos Económicos Sociales y Culturales (CDESC), el cual dispone que todas las personas tienen derecho a la salud como el disfrute

del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, y reconoce a la salud como un bien público; por tanto es imperioso analizar la responsabilidad del Estado de proveer las circunstancias y mecanismos necesarios para facilitar a la población de acceso efectivo a los avances de la Ciencia, que les permitan procrear a través de reproducción asistida, en los diversos supuestos, atendiendo al principio de progresividad de los derechos humanos para alcanzar el máximo estado de salud y bienestar.

2. La reproducción humana asistida y sus efectos en la filiación

En México se encuentran registradas 180 clínicas y hospitales de reproducción asistida autorizados por COFEPRIS, la primera obtuvo autorización en 2005, siendo el Centro Médico Nacional 20 de noviembre la primera en obtenerla, con licencia para procuración de células germinales y banco de células germinales, posteriormente diversos hospitales privados con licencias para bancos y disposición de células germinales para la reproducción asistida según el listado de autorizaciones en servicios de salud que proporciona el Gobierno federal no existiendo registros posteriores a 2019. Las técnicas de reproducción humana (TRH) permiten un sinnúmero de posibilidades, desde congelación de semen para hombres que desean ser padres con posterioridad, generalmente pacientes con enfermedades que les ocasionaran un alto índice de infertilidad, como el caso de pacientes que atraviesan tratamientos contra el cáncer y otras afecciones. Congelación de óvulos, para ser madres con posterioridad por causas similares o por decisión, crio preservación embrionaria, subrogación uterina, generalmente buscada por hombres solteros que desean ser padres de intención con óvulos donados, parejas homosexuales masculinas, o parejas heterosexuales con esterilidad son quienes generalmente recurren a este método, ya sea con espermatozoides de la pareja u óvulo de la pareja o donación de óvulos, espermatozoides o ambos. Con esta Técnica de Reproducción Humana Asistida (THRA) pueden concurrir hasta cinco personas involucradas en la filiación del niño, o niña por nacer: 1. La mujer que subroga el vientre. 2. La donante de óvulos, 3. El donante de espermatozoides. 4. El

hombre o mujer cónyuge o concubino solicitante, llamados madre o padre intencional. 5. La pareja de la persona solicitante.

Para la aplicación de la Técnica de Reproducción Humana Asistida (THRA) se puede recurrir a diversas técnicas, a saber:

Adopción de embriones: embriones conformados por óvulos de donante y espermatozoides de donante, para implantación embrionaria mediante fecundación in vitro en el vientre de la solicitante, soltera o casada.

Transferencia de embriones congelados obtenidos con óvulos donados y semen del esposo o concubino: se suele utilizar esta técnica para parejas que ya han recurrido a TRHA y tienen embriones congelados o crío preservados de sus anteriores intentos exitosos o fallidos de procreación, pero que optaron por congelar los embriones restantes.

Donación de óvulos: Se obtiene el embrión de semen de la pareja y los óvulos del donante.

Recepción de óvulo de pareja y semen de donante: suele utilizarse esta técnica conocida como ROPA o maternidad compartida en el caso de parejas homosexuales lesbianas, se utiliza el óvulo de una de ellas con semen de donante, y se insemina in vitro, posteriormente se procede a la implantación embrionaria en el cuerpo de la otra cónyuge, una pone el óvulo y otra se convierte en gestante.

El cuerpo consultivo del gobierno Federal, en acta de sesión del 8 de mayo de 2019, indica que el Consejo Nacional de Población (CONAPO) ha estimado que 17 % de las mujeres en edad reproductiva padecen de infertilidad, actualmente 1.4 millones de mexicanos requieren TRHA, influyendo para este desorden las enfermedades degenerativas, el ovario poliquístico, la diabetes mellitus y quizás

hoy la endometriosis como causantes de infertilidad. Desde el primer nacimiento de fertilización in vitro en Gran Bretaña hace 40 años, se considera que el 5% de la población en la Unión Europea ha nacido mediante (TRHA) y el 1% de la población en la Unión americana, un negocio que corresponde a cuatro billones de dólares anuales. De acuerdo con el censo de la infertilidad en México, padecen infertilidad el 31% de hombres y el 32% de mujeres. La OMS refiere que más del 90 % de la infertilidad en el mundo puede solucionarse aplicando la tecnología existente a través de TRHA. Actualmente, se practican 80 mil procedimientos anuales de TRHA. Ante las nuevas formas de conformar una familia y buscar descendencia, surgen los nuevos paradigmas de filiación, entendida esta como un vínculo jurídico que se da entre dos personas, la cual una desciende de la otra, ya sea por vínculos biológicos o jurídicos, con el fin de garantizar los derechos del menor. Actualmente, el Código Civil para el Distrito Federal (CCDF) establece:

En el artículo 292, la ley solo reconoce como parentesco los de consanguinidad, afinidad y civil. El artículo 293 define el parentesco consanguíneo como el vínculo entre personas que descienden de un tronco común. Y reconoce como parentesco consanguíneo el derivado, entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora. Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida. En el caso de la adopción, se equiparará al parentesco por consanguinidad aquel que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de este y los descendientes de aquel, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo. El parentesco de afinidad es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre los cónyuges y sus respectivos parientes consanguíneos. El artículo 295 señala el parentesco civil como aquel que nace de la adopción, en los términos del artículo 410-D.”

En la actualidad, para establecer la filiación se cuenta con tres instituciones jurídicas vigentes, coincidentes en el Código Civil Federal y en los Códigos civiles de las entidades federativas. 1. El reconocimiento de hijo 2. la presunción de paternidad y 3. la posesión de estado de hijo. En el primer supuesto, se presumen hijos aquellos nacidos dentro del matrimonio y los nacidos dentro de los 300 días

siguientes a la disolución del vínculo matrimonial. La presunción de paternidad presume la filiación materna entre la que dio a luz y salvo prueba en contrario la paterna y, por último, la posesión de estado de hijo, se presume la paternidad como un instrumento cuando no corresponde la realidad biológica y el reconocimiento resulte en beneficio para la niña o niño nacido. Con la aplicación de las técnicas de reproducción asistida heterólogas, será la voluntad procreacional de los padres, entendida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en el juicio de amparo 2766/2015 (México) “ como el deseo de asumir a un hijo como propio aunque biológicamente no lo sea, y con esto, todas las responsabilidades derivadas de la filiación un factor determinante en la filiación de un niño o de una niña que nace bajo un procedimiento de inseminación artificial heteróloga”. La filiación del menor en la legislación actual crea un estado de desventaja, vulneración a los derechos humanos e impedimento para gozar del derecho a la vida, a la salud y a la identidad. Si bien en el Código Civil Federal se establece la filiación de los nacidos mediante reproducción asistida, el momento del registro no es fácil cuando no es la madre biológica la que da a luz, como en los casos de gestación por sustitución, donde en el certificado de nacimiento se asienta el nombre de la gestante sustituta, y al momento del registro no es suficiente el contrato de gestación por subrogación, a su vez se requiere al momento del registro sentencia ejecutoria que ordene la expedición del acta a nombre de los padres o la madre de intención, o bien un amparo que ordene el registro. Estos procedimientos judiciales pueden extenderse hasta año y medio en su resolución, lo que implica costos adicionales para los padres intencionales y, entretanto, se vulnera el derecho de identidad del menor nacido, menoscabando no solo su derecho a la identidad, sino también a la seguridad jurídica, contraviniendo lo establecido por el numeral segundo de la Carta magna, que refiere de manera expresa que las autoridades facilitarán el acceso de las personas a obtener documentos de identidad. El artículo 1º Constitucional (CPEUM) establece “el goce y el ejercicio de los derechos humanos de las personas, mismos que no podrán restringirse ni suspenderse salvo los casos que establece la propia constitución y todas las autoridades del país están obligadas a

promover, respetar, proteger y garantizar sus derechos humanos” toda vez que de los derechos de filiación se derivan los derechos alimentarios y sucesorios, así como el recibir educación, cuidados, afecto y todo aquello necesario para su pleno desarrollo a través de las figuras enunciadas con antelación, derivadas de la presunción de paternidad y del reconocimiento de hijos. A su vez, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en el sentido que “el vínculo biológico no va a ser un requisito indispensable para establecer una filiación sobre un hijo sino la voluntad para concebirlo y el establecimiento de la voluntad procreacional, y en los casos de maternidad subrogada basta la libre voluntad con ausencia de vicios de la gestante subrogada y que dicha mujer sea mayor de edad con plena capacidad de goce y ejercicio. La ausencia de un documento de identidad impedirá la tutela inmediata del derecho fundamental de los infantes a tener un nombre, apellidos, filiación y nacionalidad. (596/2021p.21, p.21) de igual manera” la Primera Sala reconoció en el amparo directo en revisión 6179/2015 que la posesión del estado de hijo no es sólo un indicio de la paternidad, sino que también es un instrumento para reconocer jurídicamente una situación de hecho que no corresponde a la realidad biológica cuando ese reconocimiento es más benéfico para el menor involucrado.” (SCJN, MÉXICO)

Sin un acta de nacimiento, el menor está impedido de recibir vacunación y servicios de salud, obviando el cumplimiento del interés superior de la niñez. Vulnerando el artículo 19 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (CADH) y el artículo 12.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales (PIDESC), Por lo que, al encontrarse los menores sin identidad, a su vez se vulneran los artículos 2, 3, 6,18, 24 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ya que en dichos numerales se obliga a los tribunales judiciales a que se velen los intereses de los menores (J/A 553/2018). Buscando en todo momento que el estado provea de políticas, acciones y toma de decisiones donde se busque el desarrollo directo del niño o de la niña.

3. Avances legislativos en México en técnicas de reproducción humana asistida.

Han existido diversos intentos para crear una ley general en reproducción asistida sin éxito en los dictámenes legislativos. El avance en materia legislativa, en los distintos Estados de la República Mexicana, no es uniforme y versa sobre algunos pocos tópicos. A continuación, se ofrecen algunas tablas con la información resultante:

Estado de México

<p>Se advierte que no se podrá dar en adopción al menor nacido por TRHA.</p>	<p>Se reconoce el derecho a la procreación y acoge el principio constitucional de que toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos.</p>	<p>Los padres no podrán otorgar consentimiento cuando la mujer fuera menor de edad o incapaz.</p>
<p>Está prohibida la clonación humana y, en los casos de esperma de donante, las clínicas con banco de semen están impedidas para dar a conocer la identidad del mismo.</p>	<p>Señala que la reproducción asistida a través de métodos de inseminación artificial sólo va a poder efectuarse con el consentimiento de la mujer a la que haya de practicarse el procedimiento.</p>	<p>Se prevé que la mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge.</p>

La previsión de la norma respecto a la necesidad del consentimiento del cónyuge para que la mujer (sic) se someta a procedimientos de reproducción asistida obedece en primer sentido a que la filiación del nacido (en sentido estricto) generaría las obligaciones derivadas del parentesco con el marido, recordemos que el parentesco por consanguinidad se deriva del matrimonio, presumiéndose hijos de matrimonio los nacidos dentro del término legal, salvo prueba en contrario, a través de sentencia ejecutoria que lo advierta mediante desconocimiento de paternidad. En los casos de inseminación artificial heteróloga, donde intervienen gametos de donante, el legislador propuso que era menester el consentimiento del cónyuge, toda vez que generaría derechos y obligaciones con el producto de la gestación. En el caso de que la mujer casada decidiera someterse a gestación por sustitución mediante contrato de subrogación, se advierte en el contrato que no existen vínculos entre la gestante y el nacido, pero en la vida práctica es muy frecuente que el nacido se asiente en el acta de nacimiento con el nombre de la gestante como si fuera su madre biológica, y ante un conflicto o problema legal, el cónyuge podría tener obligaciones inherentes. Por otra parte, de conformidad con la norma vigente y los derechos humanos, el condicionar el consentimiento del cónyuge para someterse a TRHA vulnera la libertad reproductiva y el libre desarrollo de la personalidad de la mujer. No obstante, no tiene por qué estar obligado el cónyuge a establecer un vínculo filial, toda vez que al hacerlo también vulneraría su libertad reproductiva y su proyecto de vida. Por tanto, debe estar en condiciones de disolver el vínculo matrimonial o desconocer la paternidad. Sin embargo, en las clínicas que ofrecen estas alternativas de procreación no se solicita comprobación de estado civil y, por tanto, el consentimiento del cónyuge, lo que crea un estado de desventaja hacia el mismo, teniendo que acudir como justiciable ante los órganos jurisdiccionales mediando gastos legales. Ante este imperativo que se considera vulnera los derechos de la mujer, hay aristas que discutir.

MICHOACAN

<p>Recoge que el principio constitucional de que los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de los hijos, así como de emplear en los términos que señala la ley cualquier método de reproducción asistida para lograr su propia descendencia.</p>	<p>Establece el parentesco por consanguinidad, entre el nacido y los padres intencionales cuando medio consentimiento.</p>
--	--

En Michoacán los conyugues pueden recurrir a las TRHA, para lograr su descendencia, reconoce el parentesco por consanguinidad entre el hijo producto de reproducción asistida y de quienes la consientan, es decir no establece la obligatoriedad de matrimonio para el vínculo filial entre los padres de intención y el nacido, sin embargo el primer precepto utiliza la palabra cónyuge, que hace referencia al matrimonio. Si bien no se prevé la gestación por sustitución, al ser una regulación genérica se presume la viabilidad de su aplicación como mecanismo para lograr la descendencia, sin embargo se advierte que la normativa es vaga e imprecisa al no legislar tópicos específicos.

TABASCO

<p>Protege a los concebidos por cualquier método de concepción humana artificial, aun cuando no se encuentren en el útero materno.</p>	<p>Los Cónyuges pueden planificar el número y el espaciamiento de sus hijos, así como emplear cualquier método de reproducción artificial para lograr su propia descendencia. este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges, extendiéndose a aquellas parejas que</p>
--	--

LA PROCREACIÓN COMO DERECHO HUMANO EN LA REPRODUCCIÓN HUMANA
ASISTIDA HETERÓLOGA

	viven públicamente como si fueran marido y mujer.
Será causal de divorcio el emplear por parte de la mujer cualquier método de concepción humana sin el consentimiento del marido.	Se permite a los cónyuges o concubinos la inseminación o fecundación homóloga y heteróloga.
Prevé que los gametos puedan ser utilizados después de la muerte en un procedimiento de inseminación, es decir, la fecundación post mortem.	Se permiten los contratos de gestación únicamente cuando la madre intencional padece de imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en el útero.
Las madres sustitutas no deben padecer alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía únicamente.	Pueden ser contratadas como gestantes las mujeres entre 25 y hasta 35 años de edad, que tengan una buena salud biopsicosomática y que hayan dado su consentimiento de manera voluntaria para ser gestante subrogada sustituta, habiendo adquirido plena información acerca del proceso previo a la manifestación de su consentimiento.
La Gestante deberá acreditar mediante dictamen médico expedido por institución oficial de salud que no estuvo embarazada durante los 365 días previos a la implantación embrionaria y que no ha participado en más de dos ocasiones consecutivas en dicho procedimiento.	En caso de que la gestante sustituta o su cónyuge demanda la paternidad o maternidad, solamente podrán recibir, previo consentimiento de su cónyuge, la custodia del producto de la inseminación únicamente cuando se acredite la incapacidad o muerte de la madre o padre contratantes.

LA PROCREACIÓN COMO DERECHO HUMANO EN LA REPRODUCCIÓN HUMANA
ASISTIDA HETERÓLOGA

<p>Los contratos tendrán que ser ante notario público y estar informando una vez nacido el niño o la niña ante la Secretaría de salud del Gobierno del Estado durante las primeras 24 horas y se debería incluir copia del certificado de nacimiento de los recién nacidos.</p>	<p>La mujer contratante debe acreditar mediante certificado médico expedido por el médico tratante que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y que cuenta entre 25 y 40 años de edad.</p>
<p>Se prevé que la madre gestante puede demandar a la madre y al padre contratantes el pago de gastos médicos en caso de patologías genéticas y las que deriven de una inadecuada atención y control médico prenatal y posnatal.</p>	<p>Será obligación de los padres contratantes garantizar con una póliza de seguro de gastos médicos mayores que cubra los gastos originados en atención al embarazo, parto a favor de la gestante sustituto subrogada.</p>

Tabasco es el estado que cuenta con mayor legislación, sin embargo, se advierten categorías sospechosas: los padres intencionales en la gestación por sustitución deberán constituir una familia hetero normada, con esterilidad o infertilidad comprendidas en un rango de edad, excluyendo a parejas homosexuales o personas solteras, constituyendo categorías discriminatorias en relación con la edad, el estado civil y la orientación sexual.

SAN LUIS POTOSÍ

<p>La reproducción humana asistida llevada a cabo en la madre con autorización del cónyuge se equiparará a cohabitación para los efectos de filiación y la paternidad, independientemente de que su</p>	<p>Tratándose de inseminación heteróloga, no se establecerá ningún lazo de filiación entre el hijo nacido y la o los donantes de gametos.</p>
---	---

material genético pertenezca a tercero en su carácter de donante.	
Es inexistente la figura de gestación subrogada y, por lo mismo, no producirá efecto legal alguno.	En el caso del concubinario que otorgó su consentimiento para la aplicación de la técnica de reproducción asistida en su concubina, está obligado a reconocer la paternidad del hijo producto de la gestación.

A contrario sensu de lo establecido en el Estado de México, no se establece el requisito del consentimiento del cónyuge a la mujer para someterse a las TRHA, sin embargo advierte que cuando exista consentimiento de este, adquirirá todos los derechos y obligaciones sobre el niño o niña nacido, estableciendo el vínculo paterno filial, por lo cual no podrá desconocer su parentesco independientemente de que el material genético provenga de un donante o que las pruebas de ADN, no correspondan al vínculo biológico, mismos criterios aplican para el concubinato. En caso de reproducción asistida heteróloga, es decir siempre que se involucren células germinales de terceros en la procreación, se les reconocerá como donantes y no creará vínculo filial con los mismos, por lo que queda excluida cualquier pretensión judicial ya sea por parte de los donantes, del nacido, o de la mujer gestante, de establecer filiación, lo cual otorga certeza jurídica al donante o donantes, y a la madre o padre intencionales. En el caso de la gestación por subrogación, al desconocerla no produce efectos legales, ni para el nacido, ni para los padres intencionales, lo que genera vulneración en los derechos del nacido, de los padres de intención y de la misma subrogada, por los argumentos ya expresados, lo que la hace una legislación contraria a los mismos criterios establecidos por la SCJN.

ZACATECAS

no se puede alegar desconocimiento de paternidad si existió consentimiento de ambos progenitores. El consentimiento de los cónyuges o concubenarios equivaldrá a la cohabitación para efectos de la paternidad y serán considerados padres biológicos del hijo engendrado a través de reproducción asistida para todos los efectos legales, excluyendo cualquier derecho u obligación del donante.

En Zacatecas se reconoce el derecho a los cónyuges y a los concubenarios en condiciones de igualdad, el uso de la reproducción asistida para lograr descendencia, se equipara a la filiación biológica a los nacidos por TRHA, y no se generan derechos filiales con los donantes

MORELOS

Prohíbe la inseminación artificial o el uso de las técnicas de reproducción asistida en la mujer sin el consentimiento del cónyuge.

La Escasa legislación se limita a hacer referencia al consentimiento del conyugue para que la mujer pueda acceder a la aplicación de las TRHA, como en el caso del Estado de México, con las mismas consideraciones ya señaladas, recientemente en marzo de 2025 se presentó ante el Congreso del Estado de Morelos una iniciativa que busca regular la gestación por subrogación y los derechos filiales entre los nacidos por TRHA y los padres de intención, sin que a la fecha se haya aprobado el dictamen.

SINALOA

Prevé la maternidad subrogada, la cual se efectuará a través de la práctica médica mediante la cual una mujer	Podrán ser madres subrogadas gestantes solo las mujeres entre 25 y 35 años de edad.
---	---

<p>gesta un 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 cuya relación concluye con el nacimiento.</p>	
<p>Para ser madre subrogada, debe tener al menos 1 hijo consanguíneo sano, una buena salud psicosomática y que haya otorgado su consentimiento voluntario para prestar su vientre.</p>	<p>Se hace distinción en gestación subrogada, enunciando la gestación total y subrogación parcial, la primera cuando aporta sus propios óvulos y la segunda cuando es contratada para aportar su vientre por sustitución con un embrión fecundado sin su aporte genético. Asimismo, se prevé la subrogación altruista y la subrogación onerosa.</p>

De igual manera, limita el acceso a la gestación por sustitución únicamente a parejas con infertilidad, excluyendo a personas solteras y parejas homosexuales. o parejas heterosexuales que no deseen gestar. Por su parte, la gestante sustituta está impedida en sus derechos sexuales y reproductivos de ser gestante si no ha tenido al menos un hijo previo consanguíneo.

QUERÉTARO

<p>Se prohíbe expresamente la maternidad subrogada.</p>	<p>Establece que las parejas adoptantes de embriones no podrán procurar la maternidad asistida o subrogada ni</p>
---	---

LA PROCREACIÓN COMO DERECHO HUMANO EN LA REPRODUCCIÓN HUMANA
ASISTIDA HETERÓLOGA

	contratar el vientre de una mujer por gestación del embrión.
--	--

Querétaro no regula las TRHA, se limita a prohibir la maternidad subrogada, por tanto cualquier nacido mediante subrogación no podrá ser registrado por sus padres intencionales, y la madre gestante subrogada será legalmente la madre del nacido.

CIUDAD DE MÉXICO.

Los Cónyuges tendrán derecho de decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos y, por tanto, utilizar cualquier método de reproducción asistida para procurar su propia descendencia. Dicho derecho será ejercido por los cónyuges de común acuerdo.	Equipara al parentesco por consanguinidad entre el nacido mediante reproducción asistida y los padres intencionales.
La donación de células germinales no generará parentesco entre el donante y el nacido mediante reproducción asistida.	El Cónyuge varón no podrá impugnar la paternidad de aquellos hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida por medio de su consentimiento expreso.
Se prevén diversas normas para el debido registro del nacido mediante técnicas de reproducción asistida.	

En la Ciudad de México, se reconoce el principio constitucional del derecho de procreación de los cónyuges y su acceso a la reproducción asistida para lograr

descendencia, siempre que medie el consentimiento de ambos cónyuges, o bien de la mujer a los cuales se les da el carácter de padres intencionales, al reconocer la figura de la voluntad intencional para establecer vínculo filial, se excluye la filiación entre los donantes y el nacido, lo cual presume certeza entre los involucrados en la gestación, así como los juicios de desconocimiento de paternidad cuando medio el consentimiento del conyugue varón. Los nacidos mediante TRHA serán considerados hijos consanguíneos cuando el hombre y la mujer hayan procurado el nacimiento por reproducción asistida o bien cuando la mujer sola lo haya procurado, es decir se excluye la obligatoriedad del matrimonio o concubinato para recurrir a la procreación asistida. Cuando hombre y mujer estén casados será necesario el consentimiento de ambos para que se produzca la filiación materna y paterna con el nacido, en este supuesto se omite el caso de familias homoparentales que se sometan a TRHA, cabría la aplicación por analogía toda vez que en la Ciudad de México es legal el matrimonio homosexual. En los casos de disolución matrimonial, si el hijo nació después de los trescientos días el cónyuge o cualquier persona a la que le perjudique la filiación no podrá contravenirla; si el cónyuge consintió con el uso de la fecundación asistida, es decir se extiende más allá de la reproducción biológica convencional, esto debido a que las células germinales del cónyuge pueden ser preservarse, y ser utilizadas con posterioridad si medio el consentimiento expreso, en este tenor es pertinente hacer mención que el Código no es claro, al limitarse a manifestar que no podrá contravenirse la filiación después de los 300 días de la disolución matrimonial si el cónyuge consintió en las técnicas de reproducción asistida, sin embargo no hay certeza que en los centros hospitalarios de reproducción asistida o clínicas de fertilidad, se asiente de manera clara por escrito, cuanto tiempo posterior al consentimiento del marido se autoriza a la clínica la fecundación o implantación de semen o embriones a su pareja. En cuyo caso la mujer podría ser inseminada o implantada con semen o embriones de su ex conyugue y este no podría reclamar desconocimiento de paternidad, según el texto, debiendo controvertir en tribunales su falta de consentimiento posterior, pese a lo plasmado por el legislador, en cuyo caso sería contrario a la voluntad del cónyuge.

Ante la insuficiencia regulatoria y homogénea en los diversos Estados de la República Mexicana, con precaves invasiones de competencia federal en su legislación, se cuenta con criterios jurisprudenciales y tesis aisladas emitidas por la Suprema Corte, mismas que radican principalmente en consideraciones derivadas del artículo Cuarto constitucional; el cual garantiza la igualdad entre hombres y mujeres, la prevalencia de un Estado protector de la organización y el desarrollo familiar, así como el derecho de cualquier persona de decidir informada y responsablemente sobre el espaciamiento y el número de hijos, el derecho de todas las personas a la protección de la salud pública, otorgando al Estado a través de las leyes la concurrencia entre la federación y las diversas entidades federales en materia de salud general, el cual definirá las bases y modalidades para su correcto acceso, lo anterior a fin de garantizar un sistema de salud progresiva, cualitativa y cuantitativa que atiendan de manera integral y gratuita a los ciudadanos que no cuenten con seguridad social. Aunado al artículo 1º de la Ley General de Salud (LGS), que define la salud como “un estado completo de bienestar físico, mental y social y no solamente se limita a la ausencia de enfermedades o afecciones”. Al ser México un país que ha suscrito convenios internacionales, mismos que han sido ratificados y, conforme al artículo primero constitucional, dichos ordenamientos tendrán las características vinculantes de derecho interno, se allana a la Convención sobre los Derechos del Niño en sus diversos 7 y 8, así como a la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas y Adolescentes en su artículo 22, los cuales garantizan el derecho del nacido de contar con un nombre, filiación y nacionalidad.

La LGS establece dos prohibiciones a este respecto, una que la inseminación artificial sea practicada en una menor de edad o que la receptora padezca incapacidad y dos que la mujer casada consienta la inseminación sin el consentimiento del cónyuge.

La falta de puntual regulación ha encaminado a la Corte a realizar análisis exhaustivos de interpretación conforme y convencional a fin de ser garante de los derechos de las personas involucradas, que sirven como eje para la resolución de conflictos y controversias, pronunciándose sobre diversos tópicos referentes a la identidad de los niños, a la filiación, a los derechos sexuales y reproductivos de las gestantes, personas solteras que desean procrear, de los padres intencionales y de las personas que deseen acogerse a los avances tecnológicos y científicos en general. la tesis aislada 1a. CXVI/2011 (México) emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sostiene que el derecho a la identidad enmarca que el menor pueda acceder al conocimiento de su origen biológico, relacionarse con sus padres biológicos, lo que contribuye al desarrollo integral del mismo, su derecho de indagación de paternidad, así como su reconocimiento, el acceso a la verdad biológica, la garantía de no discriminación entre nacidos fuera del matrimonio y dentro, el reconocimiento entre filiaciones contrapuestas y sobre todo la protección del interés superior de las infancias. la tesis aislada 1a. CCCXX/2014 (México) sostiene, dentro de los principios rectores en materia de filiación, los comprendidos en que la afiliación es un derecho del hijo y no únicamente una facultad de los padres, que si bien generalmente es menester que la filiación biológica coincida con su filiación jurídica, no es posible en todos los casos.

4. La procreación como derecho humano y la responsabilidad del Estado de garantía

La distinción entre los derechos humanos y los derechos fundamentales es solo uno de los muchos avances en la teoría jurídica que se han producido a lo largo de la historia. Si bien han existido múltiples discusiones al respecto, se entiende por los primeros como “imperativos éticos emanados de la naturaleza del hombre que se traducen en el respeto a su vida, dignidad y libertad en su dimensión de persona o ente autoteleológico” (Burgoa, 2011), bajo una perspectiva naturalista de que son anteriores y superiores a la ley, por lo que el legislativo tiene la

obligatoriedad política y ética de reconocerlos como fundamentales para la correcta vida pública y social. A su vez, se han reconocido como: “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional” (Luño, 1991). Una definición común entre los académicos de los derechos fundamentales es la de Luigi Ferrajoli, definiéndolos como “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de derecho subjetivo a cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones), adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por estatus, la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y / o autor de los actos que son ejercicio de estas” (Ferrajoli, L. 2009).

Los derechos humanos según Carbonell. “Si bien las fronteras conceptuales entre los derechos humanos son menos precisas que los derechos fundamentales, la distinción entre estos derechos y los derechos humanos no debe llevarnos a pensar que se trata de categorías separadas e incomunicadas, por el contrario, de hecho, podríamos decir que todos los derechos fundamentales son derechos humanos constitucionalizados” (Carbonell, M. 2009).

El derecho de procreación es un derecho humano, y la libertad de reproducción es un derecho fundamental establecido en nuestra Carta Magna. Por lo tanto, es un derecho humano constitucionalizado. La cual se compone de tres elementos principales. 1. Un sujeto pasivo 2. un sujeto activo y 3. un objeto de la relación, la calidad de estos sujetos dependerá de la titularidad de los derechos asignados por la norma. En este sentido, los sujetos titulares de los derechos serían los hombres y las mujeres, sin importar su sexo, orientación sexual o género, su situación económica, su carácter de discapacidad o estado civil, es decir, hoy más que nunca somos titulares de derechos y tenemos derecho de procrear

independientemente de nuestra condición de casados o solteros. Todas las personas tienen derecho de la progresión, ya sea de los avances de la ciencia o derecho de formar una familia independientemente de sus condiciones. Hoy día vemos a muchas mujeres y hombres solteros decididos a adoptar o a someterse a técnicas de reproducción asistida para formar una familia, independiente de su estado de infertilidad o esterilidad, por lo cual una persona sana reproductivamente cuenta con el derecho a someterse a TRHA haciendo valer su derecho a procrear y su libertad reproductiva. El derecho de procreación está ligado a otros derechos como el derecho al libre desarrollo de la personalidad, al proyecto de vida, al derecho a formar una familia y al respeto a sus derechos reproductivos, sin discriminación alguna por el deseo de ser padres o de procrear, independientemente de si es a través de la vía biológica normada o con las técnicas de reproducción asistida humana. En México, en algunos estados de la república hay legislaciones que prohíben someterse a técnicas de reproducción asistida a las parejas que no padecen infertilidad, o por causas sospechosas de edad sin fundamento científico o están constreñidas a la aprobación de su cónyuge o pareja, lo que resulta en ordenamientos discriminatorios que obstaculizan la suma de derechos mencionados.

El derecho humano a la procreación subyace en la comprensión del artículo 1o de la Ley General de Salud, la infertilidad como la esterilidad se consideran una afección en menoscabo de la salud, y es el Estado Mexicano quien debe garantizar su derecho progresivo, atendiendo a su vez a la salud reproductiva. Al ser la infertilidad un problema de salud y enfermedad, vincula al Estado mexicano a la creación de políticas, presupuesto y vías para su atención. Al hablar de progresividad de los derechos, según la Comisión Nacional de Derechos Humanos, (CNDH) implicaría el proceso gradual de su cumplimiento, incluyendo medidas a mediano, corto y largo plazo, procediendo lo más eficazmente posible. De acuerdo con la tesis jurisprudencial 2a./J.35/2019, cuyo rubro es "PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. SU NATURALEZA Y FUNCIÓN EN EL ESTADO MEXICANO. Es indispensable para consolidar la

garantía de protección de la dignidad humana, porque la observancia a dicho principio impide, por un lado, la interpretación restrictiva de las normas de derechos humanos y la regresión respecto de su sentido y alcance de protección y, por otro lado, favorece la evolución de dichas normas para ampliar su alcance de protección. Así, el principio de progresividad irradia a la totalidad de los derechos humanos reconocidos por el Estado mexicano, lo cual se relaciona no solamente con la prohibición de regresividad del disfrute de los derechos fundamentales, sino en la obligación positiva de promover los mismos de manera progresiva y gradual, esto es, el Estado tiene el mandato constitucional de “realizar todos los cambios y transformaciones necesarias en la estructura económica, social, política y cultural del país, de tal manera que se garantice que todas las personas puedan disfrutar de sus derechos humanos. El principio de progresividad nos constriñe al entendimiento de la infertilidad y la esterilidad como una enfermedad, que obliga a ser tratada por el Estado como un problema de salud reproductiva y garantizar intervención. En este sentido, Cano, f., Esparza, R. (2018) señala:

La Sociedad Estadounidense de medicina reproductiva define a la infertilidad como una enfermedad cuando se ha intentado concebir durante doce meses o más sin utilizar ningún método de planificación familiar. La OMS refiere que la infertilidad genera discapacidad, entendiéndola como un deterioro de la función. Los cálculos estiman que hay 34 millones de mujeres, mayormente provenientes de países en desarrollo, que padecen infertilidad debido a la sepsis materna y al aborto. Técnicamente, la infertilidad, mayoritariamente, se considera el resultado de un deterioro físico, una condición crónica que cumple con el rol biosocial, social y legal de la discapacidad. La infertilidad tiene componentes médicos y psicológicos definidos. Es un síntoma de un problema médico, que por su propia definición ha durado al menos un año. Fernando Zegers-Hochschild, impulsor ante la OMS para definir por primera vez la infertilidad como una enfermedad, pugna para su reconocimiento como una enfermedad, teniendo como principales objetivos que principalmente en los países de América se reconozca la infertilidad como una enfermedad en sus agendas de salud, y de esta manera lograr que las personas tengan acceso a THRA por considerarse una enfermedad; como segundo objetivo, reconocer que la infertilidad es una enfermedad que puede generar pérdida de la identidad de género; disminución sistemática de la

LA PROCREACIÓN COMO DERECHO HUMANO EN LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA HETERÓLOGA

autoestima; inestabilidad matrimonial; aislamiento social y menoscabo de estatus social; ostracismo y abuso mayormente en comunidades rurales; ansiedad y depresión.

Por su parte, la ley general de salud considera a la infertilidad como un problema nacional de salud, considerando a la inseminación artificial como una solución al mismo. "Con la expresión derechos reproductivos y sexuales nos referimos de manera amplia al derecho de todas las personas, sin importar su edad, identidad de género con orientación sexual u otras características, a decidir sobre su propia reproducción y sexualidad en el respeto a los demás" (Ávalos, J. 2018) En la universalidad de los derechos es importante distinguir entre derechos sexuales y derechos reproductivos, generalmente entendemos por derechos reproductivos al derecho que se confiere a las mujeres en edad reproductiva en su capacidad de decidir para llevar a cabo un embarazo, interrumpirlo o la concepción del mismo, entendamos a su vez por derechos reproductivos acorde al artículo cuarto constitucional el derecho que tiene toda persona incluyendo cualquier identidad u orientación de género a decidir de manera libre responsable y espaciada su derecho de concebir para garantizar la preservación de la especie humana; por tanto los derechos reproductivos incluyen la utilización de cualquier método de índole científico garante y legal a su disposición para llevar a cabo su fin reproductivo, incluyendo en este orden, TRHA que no atenten contra los derechos de los demás y que se encuentren en un marco jurídico aplicable. En relación con los derechos sexuales, la Organización Mundial de la Salud define la salud sexual como el derecho a alcanzar el nivel más elevado posible de salud en relación con la sexualidad. De acuerdo con la resolución de la asociación médica mundial sobre tecnologías de reproducción asistida adoptada por la 59a Asamblea General de la AMM en Sudáfrica en octubre de 2006, "La asociación médica mundial ha reconocido que las tecnologías reproductivas difieren del tratamiento de enfermedades en que la incapacidad para ser padre sin ayuda médica no siempre se considera una enfermedad, aun cuando pueda tener profundas consecuencias psicosociales, y, por tanto, médicas". La Academia Nacional de medicina, en su sesión de mayo de 2019, manifestó que "La OMS ha señalado que en más del 90 % de los casos de infertilidad existe una solución con la aplicación de la tecnología reproductiva actual. Por ello, actualmente en México se practican 80,000 procedimientos anuales de reproducción asistida sin normativa y esto conlleva un hecho grave debido a que no hay un marco normativo que regule dichos procedimientos" De conformidad con datos presentados por el Consejo Nacional de Población (CONAPO), el 17 % de los mexicanos o mexicanas en edad reproductiva cursa algún trastorno relacionado con la infertilidad. Los objetivos de las instituciones de salud incluyen promover la salud, diagnosticar y tratar enfermedades, así como abordar la infertilidad, considerada una enfermedad con efectos biopsicosociales. Se destaca la importancia de considerar las consecuencias sociales y psicológicas de la infertilidad.

LA PROCREACIÓN COMO DERECHO HUMANO EN LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA HETERÓLOGA

Actualmente, la infertilidad se encuentra en la lista internacional de enfermedades, lo que permite a las autoridades de salud contar con un protocolo que aborda diversos aspectos como el estilo de vida, el sobrepeso, la exposición a sustancias tóxicas y la adicción a drogas. Las instituciones de salud, como el Instituto Mexicano del Seguro Social, ofrecen diversas técnicas de reproducción asistida, como la inseminación artificial y la fertilización in vitro, para ayudar a las personas con problemas de fertilidad (Vital, V. 2018).

A pesar de las recurrentes polémicas en torno a los derechos de procreación y a los límites de intervención del Estado, al control demográfico y al decrecimiento poblacional del país, contamos con posturas limitativas que se oponen a que el Estado intervenga. Sin embargo, el exceso de libertades de los individuos frente a la nula o escasa intervención del Estado puede hacer de México un paraíso para prácticas poco estudiadas con consecuencias jurídicas importantes y que dé lugar a distintos problemas de estudio, así como a problemas sociales y jurídicos. Por tanto, es importante preguntarnos cuáles son los límites en el derecho de procreación, si este se limita únicamente a lo señalado por el artículo 4 Constitucional por cuanto hace a la libertad de elegir el número y esparcimiento de los hijos, o bien el derecho de procreación conlleva que el estado tenga la obligatoriedad de resolver los problemas de salud reproductiva, incluyendo la infertilidad o esterilidad, y como medio de los alcances científicos allegarse de TRHA, y hacer el tema de la reproducción humana asistida un tema de salubridad general. “Considerando el derecho de fundar una familia, el derecho a la igualdad y a la no discriminación, a la salud y a beneficiarse del progreso científico, así como a la infertilidad relacionada” (Sánchez, O., 2018). Según lo recogido en el acta de la Academia Nacional de Medicina de México, de la sesión del 8 de mayo del 2019, ciudad de México.

En 2016, México fue el centro de la atención mundial cuando se realizó por primera ocasión un procedimiento de transferencia de uso nuclear para la prevención de una enfermedad mitocondrial. Al respecto, la Comisión Nacional emitió un pronunciamiento advirtiendo sobre la omisión del investigador principal en la realización de este procedimiento en los principios internacionales en materia

de ética de la investigación e integridad científica que rigen la conducción de la investigación biomédica, principios que estaban plenamente vigentes en el ordenamiento jurídico del país en aquel momento exhibiendo a México como destino para la realización de procedimientos éticamente inaceptables. Recientemente, se dio un caso en Grecia, como técnica de reproducción humana asistida y no con una finalidad terapéutica, ante las dificultades de obtener un embrión viable por medio de fertilización "In vitro". Al respecto, se debe advertir, nuevamente, sobre los riesgos de emplear una técnica cuya seguridad terapéutica no ha sido establecida, pues introduce una modificación genética hereditaria. El potencial de la medicina para mejorar la salud de la población a nivel global es incuestionable, sin embargo, plantea riesgos importantes, pues el impacto de estas técnicas rebasa el ámbito de la salud del individuo al introducir modificaciones genéticas a la línea germinal.

Incurriendo en prácticas eugénicas expresamente prohibidas en territorio mexicano. Sin embargo, en las clínicas de reproducción asistida, se presume la realización de selección de raza, o color, sexo o particularidades específicas, con gametos de donantes. Incurriendo en prácticas eugénicas, con la nula intervención del estado para su regulación normativa. A este respecto, el Artículo 56 de la Ley General de Salud (LGS) advierte que la investigación sobre fertilización asistida sólo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja, aun si este difiere con el del investigador.

Al tenor de lo señalado, será importante replantear los límites del Estado y su intervención e injerencia en la procreación de particulares.

La intervención del Estado se ha resumido a dar información relevante respecto a la forma responsable, allegándose de todos los conocimientos científicos y métodos de planificación familiar, al alcance de las personas mexicanas a fin de procrear de manera libre pero informada. El estado deberá, por tanto, abstenerse

de influir en las decisiones que como individuos tengan para alcanzar su libre desarrollo de la personalidad y decidan de manera informada el número de hijos que desean tener, obviando que el Estado está jurídicamente vinculado a asumir su responsabilidad de legislar acerca de las prácticas incluidas en las THRA, dentro de los límites de la ética y del derecho.

Por otra parte, los hospitales donde se ofrece reproducción asistida, que son El Instituto Nacional de Perinatología (INPER), donde se prestan servicios de alta y de baja complejidad, se limitan a fertilización in vitro, en parejas casadas, no mayores de 37 años, con una situación económica precaria, a través de criterios generales a los que deberán someterse las parejas seleccionadas por su clasificación socioeconómica, sin embargo, son omisos en otorgar atención a personas solteras aduciendo que no cuentan con banco de semen. Por su parte, en el Hospital 20 de noviembre solo se ofrece tratamiento a derechohabientes inscritos al Seguro Social, al igual que en sus homólogos tales como el Hospital de Gineco Obstetricia No 3 Centro Médico Nacional de la Raza; mismos que atienden esterilidad e infertilidad, donde los pacientes se someten a estudios de evaluación para opciones de tratamiento. En el hospital de ginecoobstetricia del Centro médico Nacional de Occidente Guadalajara, cuenta con servicios a pacientes con problemas para concebir a través del servicio de biología de la reproducción por medio de técnicas de baja complejidad, lo que implica estimulación ovárica controlada y con protocolo completo de estudio, incluyendo laparoscopia diagnóstica quirúrgica, todo ello en pacientes que cumplan con criterios entre los que se encuentran edad menor a 38 años, índice de masa corporal menor a 29 y que hayan buscado concebir sin éxito durante por lo menos 1 año. En el hospital de ginecología y obstetricia No. 23 de Nuevo León se cuenta con servicio de biología de la reproducción que atiende a parejas con problemas de infertilidad. El Hospital Gineco-Pedicológico No. 48 en Guanajuato ofrece un servicio que apoya a pacientes con problemas de infertilidad, mismo que en su plantilla solo cuenta con un biólogo de la reproducción, pero no realiza reproducción asistida. De acuerdo con la información proporcionada por el INPER, se realizan técnicas de

LA PROCREACIÓN COMO DERECHO HUMANO EN LA REPRODUCCIÓN HUMANA
ASISTIDA HETERÓLOGA

baja complejidad como la inseminación artificial intrauterina y de alta complejidad como la fertilización en vitro, inyección intracitoplasmática de espermatozoides e inyección intracitoplasmática de espermatozoides fisiológica.

Número de procedimientos de alta complejidad de reproducción asistida realizados por el INPER.

Procedimientos de TRHA INPER No. 12

ALTA COMPLEJIDAD	
AÑO.	NÚMERO DE CASOS
2006	162
2007	194
2008	235
2009	276
2010	191
2011	134
2012	293
2013	272
2014	304
2015	247

Otro dato relevante versa sobre el acceso, no se prevé que las parejas puedan solicitar el uso de técnicas de reproducción asistida, es el médico tratante el que, ante un problema de infertilidad o esterilidad, si tienen la edad establecida y son candidatos, podrán referirlos al departamento de fertilidad y poder ser sometidos a la aplicación de técnicas de reproducción asistida. No queda más que decir que las parejas homosexuales o las personas solteras no pueden ser intervenidas para

alcanzar la reproducción. Sin embargo, el INPER cuenta con banco de embriones, por lo que no existe justificación médica ni legal para impedir el acceso.

5. Derecho de procrear entre personas del mismo sexo

En la sentencia del amparo en revisión 553/2018, se realizó un estudio de constitucionalidad respecto al derecho de procrear entre parejas del mismo sexo, donde se cuestiona si los derechos reproductivos podrían ser reconocidos a través del acceso a THRA y la respuesta a esta pregunta se afirma en el artículo 4 de la CPEUM.

El Estado Mexicano establece leyes que protegen la organización y el desarrollo familiar, otorga a todas las personas el derecho de tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre el número y esparcimiento de sus hijos.

La Corte Suprema de Justicia del país no limita la conceptualización de familia a un solo tipo. Las normas constitucionales consideran a la familia como una realidad social, por lo que protege todas sus formas y manifestaciones de acuerdo con la realidad existente.

Entre las diversas formas de familia se encuentra la que incluye a las parejas del mismo sexo, cuyo derecho a contraer matrimonio ha sido reconocido. Considerando a la pluralidad como parte esencial de la sociedad. La concepción del matrimonio entre un hombre y una mujer constituye una categoría sospechosa, fundada en la orientación sexual. En cuanto al número y esparcimiento de los hijos, debe considerarse dentro de la libertad y la vida privada de las personas, en la que no debe haber intervención arbitraria del Estado, incluido el derecho a decidir la procreación.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha interpretado el artículo 11 de la CADH relacionado a la vida privada y a la familia advirtiendo que

constituye el derecho de toda persona a organizar de conformidad a la Ley su vida individual y social de acuerdo a sus convicciones y opiniones, así como la decisión de concebir forma parte del derecho a la vida privada y a sus derechos reproductivos. En el caso *Artavia Murillo y otros vs Costa Rica*, el derecho de convertirse en padre o madre se extiende a toda persona, independientemente de su preferencia sexual. La CADH es clara al establecer el reconocimiento del derecho de las parejas del mismo sexo para acceder a los adelantos científicos a través de TRHA y de esta manera convertirse en padres. En el amparo en revisión 276/2015, resuelto por la primera sala en sesión del 12/07/2017 por unanimidad de cuatro votos, estableció que “la reproducción asistida consiste en aplicar técnicas dirigidas a facilitar el nacimiento de un ser vivo cuando una pareja presenta problemas de infertilidad”, mencionando diversas técnicas existentes entre ellas la donación de embriones y óvulos y el útero subrogado. Mediando siempre la voluntad de los interesados de manera libre a través de la voluntad procreacional, misma que derivara en las responsabilidades que se producen con la filiación, al amparo del artículo cuarto Constitucional, el cual constituiría el fundamento de la filiación entre el concebido y el esposo o concubino de la madre, lo que le impediría interponer posteriormente una acción de paternidad violando la buena fe objetiva.

6. Gestación por subrogación

Existen diversas conceptualizaciones en torno a la gestación por sustitución y la maternidad subrogada. Figuras en las cuales implica que otra persona geste al nasciturus, con la finalidad de entregarlo a los padres intencionales. A través de una contraprestación, de forma altruista, o ambas. Haremos distinción entre gestación por sustitución a aquella mujer (sic), que presta o arrienda su vientre para gestar sin que se involucren sus óvulos, ya sea que las células germinales provengan de los padres intencionales, o de donantes. La maternidad subrogada refiere a la mujer que presta o arrienda su vientre mediante la fecundación in vitro de un embrión proveniente de su óvulo y espermatozoos, ya sea del padre intencional o

de donante. Esta segunda se trata de una verdadera maternidad subrogada, donde comparte material genético con el nasciturus, no así filiación legal.

Esta práctica ha sido objeto de cuestionamientos en el campo de la bioética y la doctrina jurídica sobre su validez ética y jurídica ya que considera que atenta contra la dignidad de las personas, al implicar que el cuerpo de la mujer y la filiación del bebé sean materia de una transacción entre partes y de comercio, misma que señala que implica la utilización de madres pobres por las ricas o la explotación de la mujer, incluso en casos donde el recurso de esta técnica no obedezca a infertilidad o imposibilidad de gestación sino simplemente para evitar incomodidades del embarazo (Pérez, M., 2002), se establece asimismo que existe ausencia de regulación normativa, y que algunos Estados como Tabasco, Ciudad de México, Estado de México y Sinaloa la permiten, sin embargo en los estados donde se prohíbe o existe ausencia de regulación no hay inexistencia de la práctica. Su falta de regulación según el Amparo 527/2021.

No debe ser un impedimento para el reconocimiento, protección y vigencia de los derechos fundamentales de las personas. Siempre que la concurrencia de la voluntad esté libre de vicios y que la mujer sea mayor de edad y goce de plena capacidad de ejercicio que garantice su libre desarrollo de la personalidad. El pleno del alto Tribunal estableció en la tesis 527/2021 que “el libre desarrollo de la personalidad es un derecho humano personalísimo derivado de la dignidad humana, por lo cual todo individuo puede elegir de forma libre y autónoma su proyecto de vida sin coacción y controles injustificados, con el fin de cumplir las metas y objetivos que se ha fijado de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas y gustos”. La sala misma estableció que

Desde el punto de vista externo, el derecho le da cobertura a una genérica libertad de acción, que permite realizar cualquier actividad que el individuo considere necesaria para el desarrollo de su personalidad y, desde una perspectiva interna, protege la esfera de privacidad del individuo contra incursiones externas que

permitan la capacidad para tomar ciertas decisiones, a través de las cuales se ejerce la autonomía personal. En esencia, se debe considerar que la mujer que por su libre voluntad accede a ayudar a quienes no pueden convertirse en padres biológicos de un hijo a realizar este propósito lo hacen del ejercicio del desarrollo de su personalidad. (México)

La gestación por subrogación implica un contrato de gestación por subrogación donde se establece que la mujer gestante no comparte creación biológica con el nasciturus con y que una vez nacido el producto de la gestación, este deberá entregarse a la madre o padres intencionales. Los costos de las clínicas en México que proveen servicios de gestación por sustitución cobran a los padres intencionales una contraprestación que va desde los 800,000 MXN al 1,500,000 de pesos mexicanos, mientras que las gestantes reciben entre 200,000 a 350,000 MXN. Se ha documentado que mujeres de estados como Chiapas acceden a la práctica desde los 10.000 pesos. Las dinámicas más utilizadas por las clínicas son la fertilización in vitro, en mujeres sanas entre los 18 y los 35 años de edad para ser gestantes, las mismas agencias que incluyen dentro de sus contratos una cantidad para alimentación y cuidados prenatales que oscilan entre los 6,000 y los 9,000 pesos mexicanos durante la gestación y la contraprestación final se les otorga una vez que es dado de alta el producto de la gestación, si ocurre muerte fetal durante o el alumbramiento la mujer gestante no recibe la remuneración pactada, sin embargo los padres intencionales pagan el tratamiento total a la clínica. Una vez nacido, los productos de la gestación recorren un camino sinuoso para obtener el acta de nacimiento del nacido, siendo la práctica más común en México que las clínicas se deslinden de su responsabilidad de apoyo legal y ante la solicitud ante el juez del registro civil para poder asentar al nacido con los nombres y apellidos de los padres intencionales, se le solicita una sentencia ejecutoria o un amparo favorable para el asentamiento. Toda vez que esta figura no es prohibitiva para extranjeros que encuentran en México un paraíso de vacío legal y estos necesitan trasladarse a su lugar de residencia, optan, en la mayoría de los casos, de acuerdo a esta investigación, a presentar ante el oficial del

registro civil el certificado de nacimiento a nombre de la madre gestante o gestante sustituta y, en su caso, a nombre del padre intencional, como sus padres biológicos, lo que da lugar a una filiación legal entre las gestantes y el hijo nacido. La imposibilidad del juez del registro civil de poder asentar en un acta de nacimiento la filiación de los pretendidos padres o padres de intención ante la sola exhibición de un contrato de subrogación que no le otorga certeza jurídica de la filiación del menor, ofrece la negativa de asentamiento. Una vez que se da la negativa de registro, en algunas pocas ocasiones se procede a entablar un juicio donde se compruebe que existió un contrato de gestación por sustitución para poder establecer la filiación en el acta de nacimiento del menor con los padres intencionales; sin embargo, este proceso puede tardar más de dos años en otorgarse, mientras tanto el nacido carece del derecho fundamental de filiación, de tener un nombre, apellidos, nacionalidad, así como recibir servicios de salud. La poca legislación actual prevista está resultando en violaciones a los derechos humanos de las gestantes, de los padres a no poder establecer un vínculo de filiación y su derecho de tener descendencia y parentesco, así como a los derechos del nacido. La vía ante este procedimiento no es la prohibición, toda vez que se seguirán practicando las gestaciones por sustitución al margen de la ley, resultando en menos garantías constitucionales para los involucrados, soslayando el interés superior de la niñez.

7. Conclusiones

El derecho de procreación es un derecho humano constitucionalizado, por lo cual el Estado deberá ser garante de protegerlo, incluyendo los casos de infertilidad cuando ésta se considera una enfermedad, tendiente a resolverse mediante técnicas de reproducción asistida, y por ende es un asunto de salubridad nacional. Todas las personas, incluidas las de orientación sexual diversa, tienen los mismos derechos que las personas heterosexuales de procrear, sin distinción de su estado civil. Las legislaciones opuestas a lo señalado por el Tribunal Supremo son violatorias de los derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos

Humanos, en el caso *Artavia Murillo y otros*, establece que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial. No basta con que los Estados se abstengan de violar derechos si no necesitan adoptar medidas positivas. Es importante afrontar la situación que actualmente enfrentan las personas con infertilidad y que hace necesario su acercamiento a las técnicas de reproducción humana asistida; sin embargo, es imperante una legislación respectiva, con un marco normativo amplio, que respete los límites de la intervención del Estado en las decisiones de los particulares, pero que se acerque a resolver los problemas y los retos que estamos enfrentando frente a las consecuencias jurídicas y sociales que nos plantean las técnicas de reproducción asistida. La falta de regulación está creando un paraíso en México para la realización de reproducción asistida que no garantiza el pleno ejercicio de las personas involucradas y sobre todo el interés superior de la niñez en la gestación por subrogación y maternidad subrogada.

8 Fuentes de Consulta

Academia Nacional de Medicina de México, “legislación en materia de infertilidad y de reproducción asistida” Acta de la sesión del 8 de mayo de 2019, ciudad de México.

Burgoa Orihuela, I. (2011). *Las garantías individuales*. 41.^a ed. México: Porrúa

Cárdenas-Gómez, O.C. (2018). Protección de los derechos de las personas interesadas en las técnicas de reproducción humana asistida. Una perspectiva de derecho comparado *Revista Jurídicas*, 15 (2), 151-170. DOI: 10.17151/jurid.2018.15.2.9. Recibido el 27 de abril de 2018 Aprobado el 10 de junio de

Esparza, R., Cano, F. (2018). *El anclaje jurídico ante las técnicas de reproducción asistida*. Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM

Ferrajoli, L. (2009). Derechos y garantías. La ley del más débil, 6.^a ed. Trad. de Perfecto. Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid: Trotta.

González Galindo, G. (2017). Towards new interpretaciones paradigmáticas para la libertad de procreation. *Opinión Jurídica*, 16(31), 135-154. <https://doi.org/10.22395/ojum.v16n31a6>

HÉCTOR ZANIER, J. et al. Familias formadas a partir de técnicas de reproducción humana asistida heterólogas: Un aporte interdisciplinario. *Perspectivas en Psicología: Revista de Psicología y Ciencias Afines*, [s. l.], v. 15, n. 1, p. 25–33, 2018. Disponible en: <https://search-ebsohost-com.ezproxy.uv.mx/login.aspx?direct=true&AuthType=ip,url,uid,cookie&db=zbh&AN=130232088&lang=es&site=ehost-live>. Acceso em: 28 mayode 2023.

Ortega Ruiz, M. (2022), *Temas jurídicos contemporáneos, Derecho de Gobierno y multidisciplinariedad jurídica*, U.V.

Pérez Luño, A. E. (1991). *Los derechos fundamentales*, 4.a ed. Madrid: Tecnos.

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/policies-post/resolucion-de-la-amm-sobrelas-tecnologias-de-reproduccion-asistida/>

Sánchez., O., *Salud reproductiva en el marco legislativo*, (2018). Academia Nacional de Medicina de México, A.C. Acta de Sesión del 8 de mayo.

Vital, V., *Las Instituciones de salud en México*, (2018). Academia Nacional de Medicina de México, A.C. Acta de Sesión del 8 de mayo.

Vínculos:

LA PROCREACIÓN COMO DERECHO HUMANO EN LA REPRODUCCIÓN HUMANA
ASISTIDA HETERÓLOGA

https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2023-01/CUADERNO%20NUM%2016_DYF_DERECHOS%20SEXUALES_FINAL%20DIGITAL.pdf

https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2018-10/AR-553-2018-181023.pdf

https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5648306&fecha=07/04/2022

https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2018-10/AR-553-2018-181022.pdf