

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN MÉXICO: ¿CUÁLES SON LOS PROBLEMAS A LA LUZ DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS?*

SURROGACY IN MEXICO: WHAT ARE THE PROBLEMS IN LIGHT OF INTERNATIONAL STANDARDS ON HUMAN RIGHTS?

Victoria BOLLINGER RÍOS**

RESUMEN: El artículo expone la problemática presente en México al celebrarse acuerdos de gestación por sustitución en un contexto de vacío legal, y las consecuentes violaciones a los derechos humanos de las personas con voluntad procreacional, la mujer gestante y el interés superior de la niñez, debido a la ausencia de mecanismos que supervisen y fiscalicen el actuar de las clínicas de reproducción asistida que fungen como intermediarias en la relación contractual. En ese sentido, se revisarán y analizarán los criterios expuestos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca de los alcances, límites y deberes estatales que emanan de los derechos humanos contrapuestos, a efecto de presentar una estrategia de prevención que permita la buena práctica de la gestación subrogada en el país.

ABSTRACT: The article exposes the problems present in Mexico when surrogacy arrangements are signed in a context of the legal void, and the consequent violations of human rights of people willing to procreate, surrogate mothers and the best interests of children, due to the absence of mechanisms that supervise and inspect the actions of assisted reproduction clinics that act as intermediaries in the contractual relationship. In this sense, the criteria set forth by the Inter-American Court of Human Rights regarding the scope, limits, and state duties that emanate from the human rights at stake will be reviewed and analyzed, in order to present a prevention strategy that allows the good practice of gestational surrogacy in the country.

* Recibido el 19 de febrero de 2021; aprobado el 20 de abril de 2021.

** ORCID: 0000-0002-6077-7722. Universidad Marista de Mérida, Yucatán. Correo electrónico: victoria_bollinger@hotmail.com.

Palabras clave: voluntad procreacional, gestación por sustitución, derechos humanos, clínicas de reproducción asistida, intermediarios, interés superior de la niñez, mujer gestante, acuerdos de gestación por sustitución.

Keywords: will to procreate, surrogacy, human rights, assisted reproduction clinics, intermediaries, best interests of children, surrogate mother, surrogacy arrangements.

SUMARIO: I. *Introducción. La gestación subrogada en México.* II. *Problemas identificados en la celebración de acuerdos internacionales de subrogación en México.* III. *Criterios relevantes del sistema interamericano para el análisis de los derechos humanos en conflicto con la gestación subrogada en México.* IV. *Establecimiento de una estrategia de prevención en el marco de los acuerdos internacionales y estándares disponibles para buenas prácticas en la gestación subrogada en México.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN. LA GESTACIÓN SUBROGADA EN MÉXICO

Con el desarrollo de las tecnologías de reproducción asistida¹ (en adelante TRA) destinadas a tratar la infertilidad y enfermedades genéticas o hereditarias en las personas, estudios demuestran que por medio de éstas han nacido aproximadamente 128,245 niñas y niños en América Latina, y especialmente, se comprueba que México se posiciona como el tercer país (antecedido por Brasil y Argentina) en el que se reportan más establecimientos que ofrecen este servicio, y en donde se obtienen más registros de nacimientos por medio de alguna TRA, alcanzando la cifra cerca de 17,238 bebés (Fernando Cano y Rosa Verónica Esparza, 2018, pp. 13-50).

En particular, la práctica de la gestación subrogada en México se ha beneficiado de lo que se conoce como turismo reproductivo, principalmente, en la Ciudad de México y en las entidades federativas de Tabasco y Quintana Roo a partir de las restricciones legales impuestas en Asia

¹ Entiéndase por éstas, los distintos tratamientos médicos utilizados para la consecución de un embarazo, las cuales incluyen, la manipulación de ovocitos, espermatozoides o embriones, al igual que la fecundación in vitro, la transferencia de embriones, la transferencia intra-tubárica de gametos, de cigotos y de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones y la gestación por sustitución. Véase, *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, 2012, párrafo 63.

para acceder a esta tecnología.² A saber, éste consiste en el viaje que llevan a cabo personas desde su lugar de origen a otras jurisdicciones (generalmente con regulación laxa o permisiva y con tratamientos a bajo costo) (Carmen Sánchez, 2018, pp. 24-25) en la búsqueda de acceso a centros que se dedican a las TRA (Marta Albert, 2017, p. 93), como lo es convenir con una mujer para que quede embarazada, geste y dé a luz a un bebé del cual trasladará la patria potestad y entregará de forma física a la persona o pareja con intención de engendrar (Maud de Boer, 2018, párrafo 10).

En ese sentido, lo descrito previamente se advierte con el comportamiento de los clientes provenientes de Europa, Australia (Yolinlitzli Hernández, 2018, p. 87), Estados Unidos y Canadá (Tess Louise Pocock, 2015, pp. 30-31) que no pueden o no desean pagar por el proceso de gestación subrogada en el extranjero debido a que el precio asciende a 100,000.00 USD (Rebecca Haimowitz, 2010), por lo que adoptan la decisión de viajar a México al ofrecerse este servicio a tan solo un tercio de la cantidad en mención (Carolin Schurr, 2017, pp. 246 y 249). De suerte que, tal situación, ha ocasionado que el país se posicione como el nuevo paraíso de la gestación por sustitución para las personas o parejas extranjeras, y como un destino atractivo para los intermediarios con afán de lucrar de esta industria (Javier Amez y María Ayala, 2017, p. 203).

Sin duda, ello explica la presencia en el país de 89 clínicas públicas y privadas con autorización sanitaria para ofrecer TRA, de acuerdo con lo reportado en 2016 por la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (en adelante Cofepris) (Rosa Verónica Esparza, 2017, p. 627), siendo los centros públicos: el Centro Médico Nacional 20 de Noviembre, el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores, el Hospital Materno Perinatal Mónica Pretelini, el Instituto Mexicano de Infertilidad en Jalisco y el Instituto Nacional de Perinatología Isidro Espinoza de los Reyes (Rosa Verónica Esparza, 2017, p. 627).

No obstante, conviene aclarar que la mayoría de los establecimientos de salud de carácter público carecen de procedimientos, infraestructura

² Durante años India se convirtió en el destino mundial para las personas que deseaban procrear mediante las TRA, mediante la contratación de una mujer para alquilar su vientre, primero, bajo el amparo de un vacío legal sobre esta materia, y después, con la Ley de Reproducción Asistida que confería validez a los acuerdos de subrogación. Véase Marta Albert (2017, pp. 192 y 193).

y financiamiento³ porque la infertilidad no es una prioridad en los programas y políticas de salud sexual y reproductiva (Jorge Alberto Álvarez, 2011, p. 660), y por tanto, la demanda excesiva de las y los derechohabientes se ve insatisfecha (Rosa Verónica Esparza, 2017, pp. 627-628). De ahí que, la atención se dirija a los centros de salud de carácter privado aunque implique altas erogaciones de dinero (Ana Patricia Mantilla *et al.*, 2017, pp. 629-630) y que se apliquen requisitos discriminatorios para la admisión a los programas de gestación por sustitución (Rosa Verónica Esparza, 2017, pp. 629-630), lo cual, lamentablemente, es permisible en México por la falta de actos de vigilancia en las clínicas de reproducción asistida y porque la normativa vigente en la materia es ambigua (Fernando Cano y Rosa Verónica Esparza, 2018, pp. 13-50).

Por otro lado, es menester resaltar que el empleo de las TRA en el país, en un marco de vacío legal (María Mercedes Albornoz y Francisco López, 2017), ha registrado en los últimos años un aumento de embarazos producidos en un contexto de técnicas de asistencia médica para la procreación en conexión con el incremento de la morbilidad materna y el embarazo múltiple (Alejandro Moguel *et al.*, 2017, pp. 183 y 185), en especial, en las clínicas privadas donde se obtiene el mayor costo-beneficio, en virtud de la tendencia a desinformar sobre la cantidad de óvulos extraídos (María Eugenia Olavarría, 2018, p. 340) y las tasas de éxito de los procedimientos efectuados (Mónica Bálcazar y María del Carmen Martínez, 2017, pp. 230-253), así como los riesgos de abortos espontáneos, malformaciones y muerte fetal (Carlos Alberto Hernández *et al.*, 2016, pp. 31-34).

En ese rigor, de lo expuesto se aprecia que el creciente empleo de la gestación por sustitución en el Estado mexicano, beneficiada por la laguna jurídica, propicia un panorama de inseguridad para las partes que intervienen, pues al establecerse la voluntad de ser madre o padre (Tesis: 1a. LXXVIII/2018, p. 980) por medio de un contrato celebrado con la mujer gestante (Nuria González y María Mercedes Albornoz, 2016, pp. 159-187 y con la intermediación de las clínicas de reproducción asistida, se revela que éstas últimas, al participar con ánimo de lucro, obtienen las mayores

³ Los hospitales públicos que cuentan con un programa de reproducción asistida son el Instituto Nacional de Perinatología Isidro Espinoza de los Reyes, el Centro Médico Nacional 20 de Noviembre del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores, el Hospital Central Sur de Alta Especialidad de Pemex y el Hospital Materno Perinatal Mónica Pretelini Sáenz. Véase, Fernando Cano y Rosa Verónica Esparza (2018).

ganancias al ser quienes verdaderamente ejercen el control de la relación contractual, y por ende, raramente procuran brindar su servicio con respeto a los derechos humanos (Maud de Boer, 2018, párrafos 62-63).

En consecuencia, se percibe que el actuar de los intermediarios provoca, en primer lugar, que a las personas con intenciones de procrear no se les brinde información íntegra acerca del proceso de gestación subrogada y de los impedimentos jurídicos a los que podrían enfrentarse al querer obtener el reconocimiento de la filiación por parte de las autoridades correspondientes; en segundo lugar, que a la mujer gestante no se le advierta sobre los aspectos físicos y riesgos psicológicos que implica la gestación por sustitución, debido al nulo interés por asegurar que su decisión esté exenta de presiones económicas, sociales y emocionales (Hague Conference on Private International Law, 2014, párrafos 193, 194, 201 y 203), y en tercer lugar, que a las niñas y niños nacidos a través de esta tecnología para la procreación se les situé en un escenario de incertidumbre jurídica en torno a su filiación y nacionalidad (Hague Conference on Private International Law, 2014, párrafos 147, 149 y 152).

Por lo que, a la luz de lo anterior, el artículo en cuestión abordará, en una primera instancia, la situación fáctica en México de las personas que anhelan acceder a las TRA, de la mujer gestante, de las niñas y niños que nacen a través de esta tecnología y el actuar de las clínicas intermediarias, para posteriormente presentar, en una segunda instancia, los criterios emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que resultan aplicables al tema en mención, y así finalizar con la presentación de una estrategia de prevención en el marco de los acuerdos internacionales de gestación subrogada, que enfatice los estándares que permitan llevar a cabo su buena práctica en el país.

II. PROBLEMAS IDENTIFICADOS EN LA CELEBRACIÓN DE ACUERDOS INTERNACIONALES DE SUBROGACIÓN EN MÉXICO

a) La posición de las personas en el ejercicio de su autonomía reproductiva. Las leyes prohibitivas o restrictivas de otras naciones para acceder a la gestación por sustitución, aunado a los altos costos que implica, son algunos de los motivos que orillan a las personas con intención de procrear a buscar el destino en el que la práctica de aquella sea acorde a sus necesidades y posibilidades

económicas (Silvia Vilar, 2017, p. 86). No obstante, esta búsqueda, además de ser estigmatizante (*Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica*, 2012, párrafos 126, 296 y 298) [ya sea por los juicios de valor ofensivos de la sociedad civil que está en contra del empleo de las TRA, o porque la mujer rompe el ideal preconcebido al no concretar su capacidad de dar a luz], se acompaña de la frustración y desmotivación por el largo tiempo que involucra el proceso, ya que, en ocasiones, se necesita más de un intento para lograr el embarazo, y en consecuencia, invertir más recursos económicos y tiempo del contemplado originalmente (Yolinliztli Hernández, 2018, pp. 100-102).

Bajo ese tenor, la realidad fáctica de las personas con deseos de procrear con ayuda de las TRA en México, demuestra que están supeditadas al actuar de las agencias o clínicas de reproducción asistida que lideran el proceso de la gestación por sustitución, pues al ser éstas quienes orientan y acompañan a los futuros padres y madres desde la búsqueda de la gestante hasta la entrega del recién nacido y el establecimiento de su identidad, es que se ven sujetas a confiar plenamente en los intermediarios (Tess Louise Pocock, 2015) a expensas de sufrir el riesgo de ser penalmente responsables por la comisión de un ilícito, como corolario de la desinformación otorgada por la agencia o clínica intermediaria (Beatriz Hermida, 2018, p. 1206).

Empero, es alarmante que, en un intento de estas personas por ejercer su autonomía reproductiva, el Estado consienta que se vulneren sus derechos reproductivos al no remover los obstáculos para acceder a la información completa, fidedigna y oportuna para ser madres o padres genéticos (*Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica*, 2012, párrafo 146), pues se ha documentado e incluso judicializado el hecho de que los intermediarios no proporcionan la información en su totalidad y tampoco advierten sobre los trámites necesarios para registrar al recién nacido, así como los subsecuentes procedimientos para solicitar la visa respectiva y trasladar a su hijo/hija al país de procedencia de las madres y padres genéticos y de intención (Lourdes Velázquez, 2018, p. 19).

Por otro lado, es inquietante que las restricciones legales aprobadas por los congresos estatales, en lugar de proteger los derechos reproductivos de las personas independientemente de su nacionalidad, tienden a formular políticas y reglas discriminantes, pues para el acceso a los programas de subrogación se establecen limitaciones en la edad, estado

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 479-508.

civil y condición médica, aplicándose de esa manera categorías sospechosas⁴ prohibidas por nuestro marco constitucional federal.⁵ Por ejemplo, el Centro Médico Nacional 20 de Noviembre y el Instituto Nacional de Perinatología Isidro Espinoza de los Reyes, imponen como requisitos ser una pareja heterosexual, unida en matrimonio o concubinato, tener menos de 35 años para las mujeres y 55 años para los hombres (María Eugenia Olavarría, 2018, pp. 88-89, párrafos 6 y 7), entregar estudios que apoyen el diagnóstico de esterilidad, carecer anomalías genéticas que puedan ser heredables, presentar un índice de masa corporal menor a 30, o de lo contrario, se les remitirá al programa de obesidad e infertilidad para reducir su peso, y tener previamente un hijo o hija (Rosa Verónica Esparza, 2017, p. 628).

Habida cuenta de lo anterior, la circunstancia descrita resulta en una manifiesta violación al principio de igualdad y no discriminación en el acceso a los derechos reproductivos (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 1) de las personas que se hallan en desventaja respecto de la posibilidad para tener descendencia biológica, toda vez que se advierte inconstitucional el restringirles el empleo de las tecnologías para la procreación como corolario de los criterios internos aplicados por los centros de salud públicos, los cuales, se revisten de ambigüedad y provocan inseguridad jurídica para las y los usuarios con afán de disponer del servicio de las TRA (Rosa Verónica Esparza, 2017, p. 630).

A este respecto, se pone en evidencia lo perjudicial de las disposiciones legales y las políticas aplicadas por las autoridades de los centros

⁴ Entiéndase por categoría sospechosa a las características o atributos que han sido históricamente tomadas en cuenta para categorizar, excluir, marginalizar o discriminar a quienes las tienen o a quienes han sido asociados con estos atributos o características. Así, por ejemplo, las categorías de sexo, raza, color, origen nacional, posición económica, opiniones políticas, preferencia sexual, la edad, la discapacidad y el estado civil —o el estado marital—, o cualquier otra condición o situación social, han sido consideradas como las principales categorías sospechosas incluidas en los tratados internacionales y en diversas Constituciones. Véase: Tesis: 1a. CCCXV/2015 (23 de octubre, p. 1645). <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2010268>.

⁵ El Código Civil para el Estado de Tabasco en su artículo 380 Bis 5 y el Código Familiar para el Estado de Sinaloa en sus artículos 287 y 290 señalan: ser una pareja heterosexual, ser ciudadanos mexicanos, con certificado médico que pruebe la imposibilidad física para llevar a cabo una gestación, y tener entre 25 y 40 años. Véase Yolínztlí Hernández (2018, pp. 100-102).

de atención a la salud pública, y esta situación discriminatoria se ha documentado mediante la experiencia de ciertos padres y madres originarios de Argentina, Estados Unidos de América e Israel (María Virginia Aguilar, 2020, pp. 303-304), que a partir de la reforma prohibitiva para el acceso a personas extranjeras a la gestación subrogada de 2016 al Código Civil de Tabasco, quedaron atados entre esta ley y los beneficios otorgados por la anterior, pues algunos se enfrentaron con impedimentos para obtener el acta de nacimiento del recién nacido por el desconocimiento del vínculo filial en el Registro Civil, mientras que otros tuvieron inconvenientes en el Sistema del Desarrollo Integral de la Familia porque ordenó la retención de sus bebés sin su previo conocimiento.

Así pues, la reforma sobre la gestación por sustitución por lo menos perjudicó a 11 niñas y niños (Juan Antonio Flores y Gabriela Romero, 2019, p. 82), y dicho evento se ha ido agravando con la práctica sancionadora de jueces locales, quienes son conscientes de la realidad fáctica de esta tecnología de reproducción, de los vacíos legales y de la necesidad de su regulación, pero bajo ningún supuesto aceptan dar licitud a la expresión de voluntades entre las partes, porque para hacerlo exigen que los contratos de subrogación existan en la naturaleza jurídica y en el comercio, a efecto de ser inscritos ante la Procuraduría del Consumidor, y luego entonces, apoyar la ejecución de las obligaciones derivadas de los mismos cuando existan conflictos de interés (María Virginia Aguilar, 2020, pp. 307, 314 y 315).

En síntesis, de las restricciones legales antes expuestas, se observa que el actual acceso a las TRA en México, y en particular a la gestación por sustitución, está lejos de alcanzar el estándar establecido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN, Tesis: 1a. LXXXVII/2019), pues dicho estándar consiste en el reconocimiento de que toda persona puede ser madre o padre en sentido genético y tener acceso a las TRA para cumplir con dicha finalidad, sin embargo, la ley vigente se aleja de tal criterio, dado que discrimina en cuanto a la preferencia sexual y únicamente reconoce un solo tipo de familia en el país, es decir, la conformada por una pareja heterosexual.

b) *La posición de la mujer gestante.* El contexto de inestabilidad laboral, aunado a la violencia que experimentan varias regiones de México, son algunas de las causas que han orillado a diversas familias a desplazarse de manera forzada durante el periodo comprendido de 2013 a 2016, por lo

que la opción de llevar a cabo una gestación por sustitución se convirtió en un medio de subsistencia para un gran porcentaje de mujeres, que vieron en su capacidad reproductiva una nueva forma de generar ingresos para concretar un proyecto o mejorar su vida y la de su familia (Consuelo Álvarez Plaza, María Eugenia Olavarría y Rosa Parisi, 2017, pp. 6-19).

De manera general, es el caso de mujeres entre los 21 y 33 años que se dedican al hogar, tienen alguna profesión, están desempleadas, o son estudiantes universitarias; sin embargo, todas comparten el consultar y decidir ser gestantes con sus esposos o novios (María Eugenia Olavarría, 2018), a excepción de las que son sometidas por su propia familia que vive en condiciones de pobreza (Beatriz Hermida, 2018, p. 1206). Esto admite analizar un entorno de desigualdad social en el país y una cadena de trabajo reproductivo en los ámbitos nacional e internacional, en el que las mujeres gestantes pocas veces son consideradas en el cometido que realizan (María Eugenia Olavarría, 2018).

Ahora bien, en lo que respecta a su ingreso como gestantes, se observa que las mujeres entran en contacto con las agencias o clínicas de reproducción asistida por medio de anuncios publicados en Internet o por recomendación de un conocido, un pariente o una amiga que previamente formó parte del programa de subrogación (María Eugenia Olavarría, 2018). Empero, su admisión al programa de subrogación se ve sujeta a satisfacer las condiciones señaladas por la normativa de estados como Tabasco y Sinaloa, que precisan que deben cumplir el perfil clínico, psicológico y social determinado por la Secretaría de Salud, tener entre 25 a 35 años, acreditar ciertos requisitos con dictamen médico expedido por la institución oficial de salud, y otorgar su consentimiento previo al proceso de la gestación (Centella Montes y Hans Parres, 2016, pp. 40-41), lo cual también constituye una categoría sospechosa prohibida por el marco constitucional federal y una afectación al libre desarrollo de la personalidad de las mujeres, porque la decisión en torno a su maternidad y el acceso a esta práctica se ve restringida por un rango de edad específico, y por la condición de salud y situación social que demande la autoridad sanitaria según sus reglas internas.

Posteriormente, y una vez admitidas en los programas de subrogación, es preocupante la manera en que celebran los contratos, en particular, en lo referente a su consentimiento informado, pues se reporta que no todas las mujeres comprenden en su totalidad la información médica y le-

gal, o bien, ésta es limitada porque no se les indican sus derechos (Patricia Fronek, 2018, pp. 11-20). Prueba de ello, es la práctica del Centro Médico Nacional 20 de Noviembre e Instituto Nacional de Perinatología, en donde no se advierte que el personal médico brinde orientación suficiente previo a la firma del documento de consentimiento, dado que se limita, exclusivamente, en enviar a las usuarias el formato vía fax para que lo entreguen firmado en la apertura de su expediente (Rosa Verónica Esparza, 2017, pp. 630-631).

Por otra parte, y una vez efectuada la técnica de reproducción asistida, la movilidad de las gestantes es reducida a la semana 36 del embarazo, a partir de la cual permanecen en sus casas con constantes chequeos médicos, o son trasladadas a las instalaciones de las agencias o clínicas hasta que ocurra el nacimiento del bebé, mismo que suele producirse con una operación de cesárea porque así lo decide unilateralmente la futura madre o padre legal, o la propia agencia, bajo el argumento de que el parto natural crea lazos afectivos entre la gestante y el bebé (María Eugenia Olavarría, 2018). Pues todavía existe la infundada tendencia de juzgar a la mujer como un ser inestable que tras el parto cambiará de opinión y no realizará la entrega del recién nacido, lo que en cierta medida se debe a la conducta de los intermediarios que obstruyen el diálogo entre las partes (María Eugenia Olavarría, 2018).

Por último, y en relación con las ganancias que obtienen las gestantes, en México no existen cifras oficiales y sólo se cuenta con los datos de los anuncios publicados en Internet que indican una remuneración cerca de \$180,000.00, lo cual posiblemente resulta en un tipo de publicidad engañosa que pretende mostrar esta actividad como un trabajo atractivo para muchas mexicanas (Yolinlitzli Hernández, 2018, pp. 94-95); pues este tipo de publicidad o promoción provoca que mujeres en condiciones de vulnerabilidad (ya sea por la desinformación que la induce a decidir en determinado sentido, por la necesidad de obtener un beneficio económico, o por la presión ejercida por terceros) acepten someterse como gestantes a pesar de desconocer los riesgos que implica, ya que ninguna está exenta de padecer altos riesgos en su salud durante el embarazo, de entre los que se destacan, por ejemplo: el rechazo de su organismo hacia el feto que genéticamente es distinto, a la reducción embrionaria y a problemas durante la transferencia o implantación de gametos (Lourdes Velázquez, 2018, pp. 18-19).

En suma, de lo expuesto hasta ahora se concluye que la realidad difiere de lo establecido en la NOM-004-SSA3-2012 en lo que refiere al consentimiento informado⁶ y por la SCJN, toda vez que esta última indicó que en los procesos de subrogación es indispensable la concurrencia de la voluntad libre de vicios de la mujer gestante, quien debe ser mayor de edad y con plena capacidad de ejercicio (Tesis: 1a. LXXXVII/2019); sin embargo, parece complejo obtener un consentimiento libre e informado cuando frecuentemente la mujer acepta someterse como gestante debido a una presión familiar, social y económica, como se esbozó *supra* (Lourdes Velázquez, 2018, p. 20).

c) *El interés superior de la niñez*. Previamente se mencionó que la gestación por sustitución consiste en acordar, mediante un contrato, que una mujer se embarazará y gestará a un bebé para entregarlo física y jurídicamente después del parto a la persona o pareja que lo solicitó, no obstante, no se indicó que una de las problemáticas de este asunto radica en que el objeto de esos instrumentos se basa en disponer del cuerpo humano y hacerlo un elemento de intercambio oneroso, lo cual para diversos Estados significa poner en tela de juicio la licitud de los acuerdos porque contravienen el orden público e interés social, al involucrar la transmisión de la filiación por medio de la libertad contractual (Rosa Elvira Vargas, 2020, pp. 265).

De manera, entonces, que los inconvenientes empeoran cuando la persona o pareja con intención de procrear reside en un país distinto al de la mujer gestante, y los primeros no son reconocidos como madres o padres legales por las autoridades de su propia nación en donde aspiran vivir con su bebé (María Mercedes Albornoz, 2020, pp. 75 y 81). Comúnmente, este evento tiende a manifestarse cuando los Estados estiman que los acuerdos de subrogación celebrados bajo su jurisdicción, o en los que se desea que produzcan sus efectos, pretenden legalizar la venta de niñas y niños (confundiendo el tema con el reprobable delito de la trata de personas —pero muy distinta a la práctica de la gestación subrogada— sin haber indagado con antelación sobre las condiciones en que se tra-

⁶ Véase: 4.2. Cartas de consentimiento informado, a los documentos escritos, signados por el paciente o su representante legal o familiar más cercano en vínculo, mediante los cuales 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.

mitó el procedimiento y el trato dispensado a las partes) debido al cobro efectuado por realizar su traslado físico y jurídico (Maud de Boer, 2018, párrafos 38, 39, 42, 50, 51, 63 y 70), por lo que esto imposibilita que se reconozca la filiación respecto de aquellos y ocasiona que su nacionalidad permanezca en el vacío (Rosa Elvira Vargas, 2020, p. 266).

Desafortunadamente, en México es imposible asegurar que no se actualiza la venta de niñas y niños en este ámbito, dado que resulta complejo determinarlo por el proceder irregular en que se incorporan disposiciones relativas a los pagos en los contratos (Isabel Fulda, Rebeca Ramos y Regina Tamés, 2020, pp. 66-67), y por la consecuente manera en que las clínicas o agencias de reproducción asistida distribuyen el dinero hacia la gestante, pues esta se traduce en otorgarle \$3,500.00 si la prueba de embarazo se muestra positiva y si se aplicó todos los medicamentos recetados, luego \$16,500.00 a la octava semana y al comprobar el latido del corazón del *nasciturus*, de ahí en adelante \$10,000.00 mensualmente, y el resto de los \$170,000.00 se le entregan exclusivamente tras el nacimiento del bebé (María Eugenia Olavarría, 2018, p. 337).

Además, inquieta la afectación que se puede generar en el interés superior de la niñez cuando las agencias o clínicas de reproducción asistida propician la idea de que la maternidad y paternidad es un derecho absoluto, pese a los riesgos que suponen para el recién nacido (especialmente al contrariar la idea de que son personas y no bienes, y los posteriores arreglos que se requieren para obtener la ciudadanía) (Tess Louise Pockock, 2015, pp. 30-33), pues en vista que los acuerdos de subrogación significan encargar a un bebé con determinadas características, persiste el peligro de ser abandonados o rechazados por sus propios padres o padres legales cuando incumplen sus ideales, ya sea por imposibilidad tecnológica, o bien, el engaño por parte de la clínica de reproducción asistida.⁷

En definitiva, de lo expuesto hasta ahora se concluye que las personas más afectadas en la celebración de acuerdos de subrogación son los mismos niños y niñas que, tras un deseo narcisista de sus progenitores y ante la imposibilidad de elegir las circunstancias de su gestación y nacimiento

⁷ Véase El caso de los gemelos, Nico y Mateo, que nacieron producto de la subrogación de vientre en el Hospital General de México “Dr. Eduardo Liceaga”, que fueron abandonados y posteriormente llevados a un albergue de asistencia del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia. Blanca Valadez (2020). <https://www.milenio.com/politica/comunidad/gemelos-abandonados-hospital-iran-dif-tramite-custodia>.

(María Mercedes Alborno, 2020, p. 83), son sancionados por las autoridades al no poder gozar de sus derechos a la identidad y los derivados de la filiación, como los alimentarios y sucesorios, al igual que recibir cuidados, educación, afecto y todo lo necesario para su adecuado desarrollo (Tesis: 1a. LXXXVII/2019); toda vez que los obstáculos antes esbozados contribuyen a poner en peligro su derecho de indagar y conocer la verdad sobre su origen y los datos de quienes facilitaron el material genético, lo cual, incumple con el deber del Estado de proteger y respetar el derecho de la niñez a preservar su identidad genética, y de ser necesario, restablecerla rápidamente de haberla privado total o parcialmente, como precisa la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 7.1, 7.2, 8.1 y 8.2) y la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (arts. 13, fracción III, 19 y 116, fracción VIII).

d) *Las acciones de las clínicas/agencias intermediarias.* Para efectos del presente artículo, los intermediarios son los que perciben las mayores ganancias por ser quienes crean y fijan las redes nacionales y transnacionales de esta industria, adquiriendo el carácter de clínicas o agencias de reproducción asistida que establecen el contacto, principalmente vía internet, entre la persona o pareja con intención de procrear y la mujer gestante, para posteriormente mediar en la celebración del contrato de subrogación (Maud de Boer, 2018, párrafos 40 y 62). Es así que la conducta de algunos intermediarios en el país, particularmente en Villahermosa, Cancún y Ciudad de México, se caracteriza por operar mediante su página web sin un registro o una estructura sólida como agencia, o bien, mediante una oficina física que en esencia es una casa arrendada en donde ingresan a las gestantes sin tener evidencia del trato que reciben (María Eugenia Olavarría, 2018, pp. 333-334).

Empero, la gran mayoría cuenta con su propio programa de subrogación que comprende el reclutamiento y selección de las mujeres que cumplen con el perfil de gestante, al mismo tiempo que ofrecen servicios de hospedaje, transporte, traducción y *tours* para los clientes que desean reproducirse (María Eugenia Olavarría, 2018, pp. 333-334). A saber, es menester resaltar el peculiar servicio brindado por el “Hospital San Javier”, en Guadalajara, Jalisco, que realiza un cobro adicional al ciclo de fertilización *in vitro* (que asciende alrededor de \$80,000.00) para que los futuros padres o madres produzcan un bebé a su gusto, del cual pueden elegir el sexo y color de sus ojos (Mónica Victoria Balcázar y Ma-

ría del Carmen Martínez, 2017, pp. 3-4); sin embargo, esto resulta engañoso porque tal selección es imposible sino es por medio de las técnicas de edición genética.

Lo anterior, deja en evidencia que las clínicas y el personal que allí labora incurren en responsabilidad civil, administrativa o penal y son sujetos a ser sancionados con multas por la autoridad sanitaria (Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Publicidad, arts. 16, 18, 106, 107 y 111), porque ofrecen información falsa sobre un servicio cuya eficacia no ha sido comprobada científicamente, y que al versar acerca de una tecnología de “relativamente fácil” acceso y uso que promete grandes posibilidades y beneficios para “mejorar” la descendencia (Luna Florencia, 2019, pp. 43-54), se desconoce si los establecimientos poseen los recursos y materiales adecuados para efectuarlo y garantizar una prole con un sexo y color predeterminado.

Ahora bien, con respecto al precio de la gestación por sustitución en México, ésta se ofrece a un tercio de lo que cuesta en el extranjero, es decir, los programas más básicos están cerca de \$1,900,000.00 (Yolinlitzli Hernández, 2018, pp. 94-95) y el importe que se cobra influye en el grado de exigencia de los requisitos que las agencias o clínicas de reproducción asistida imponen para admitir a las gestantes y a las personas con intención de procrear en el programa de subrogación, no obstante, ninguno permanece fuera porque los intermediarios se encargan de dirigir a cada usuario al programa que estimen menos exigente de acuerdo a su perfil (María Eugenia Olavarría, 2018, p. 335).

Igualmente, llama la atención los riesgos que representa el ánimo de lucro en la conducta de las clínicas o agencias de reproducción asistida en relación con el posible conflicto de interés en que se involucran al brindar servicios de salud, asistencia legal y asesoría a las mujeres gestantes, toda vez que el personal es directamente financiado por las personas o parejas con intención de reproducirse mediante las TRA que ofrecen (Isabel Fulda, Rebeca Ramos y Regina Tamés, 2020, pp. 66-67). Indudablemente, dicha circunstancia coloca en tela de juicio que el trabajo brindando por los intermediarios sea imparcial y profesional y que se garanticen los derechos de la mujer, pues incluso se ha constatado que la mayoría de las gestantes no cuentan con una copia de su contrato, no lo conocen o no tuvieron oportunidad de participar en el mismo, lo cual, las sitúa en un estado de indefensión al no tener manera de comprobar la relación

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 479-508.

contractual en caso de incumplimiento por parte de los futuros padres o madres de intención en las obligaciones pactadas (Isabel Fulda, Rebeca Ramos y Regina Tamés, 2020, pp. 66-67).

Otro punto relevante por examinar es que las clínicas o agencias de reproducción asistida no llevan un registro de donantes de óvulos, espermatozoides y embriones, ni tampoco revelan las tasas de éxito, el número de procedimientos y de nacimientos efectuados con TRA, por lo que actualmente se desconoce con precisión si existen complicaciones médicas y el índice de nacidos vivos (Mónica Victoria Balcázar y María del Carmen Martínez, 2017, pp. 12-13). También, se constata que el personal médico omite brindar datos sobre la cantidad de óvulos extraídos (María Eugenia Olavarría, 2018, p. 340) y las secuelas médicas y emocionales que podrían impactar en la gestante (Antonio Cabrera *et al.*, 2020, p. 262), siendo esto alarmante si se considera que los intermediarios tienden a reclutar a mujeres en situación de pobreza, con poca o nula educación y que difícilmente entienden lo que son las TRA (Carolyn Schurr, 2017, pp. 250 y 256).

Bajo ese tenor, se confirma que en México prevalece la tendencia de promover la desinformación antes, durante y posterior a la gestación por sustitución, puesto que cerca de la mitad de las clínicas y agencias que operan en el país anuncian porcentajes de 60% a 96% de éxito, pero sólo una pequeña fracción revela valores reales del 10% al 30% de éxito, y sin duda, la falta de veracidad impacta de forma negativa en las emociones de las personas con infertilidad, porque les crea falsas expectativas sobre el cumplimiento de su deseo a procrear (Antonio Cabrera *et al.*, 2020, pp. 247, 254, 260, 261 y 262). En definitiva, esto persiste dado que los intermediarios en el país operan sin una vigilancia constante por parte de la Comisión de Operación Sanitaria de la Cofepris (Consuelo Álvarez, María Eugenia Olavarría y Rosa Parisi, 2017, p. 14), pues de 2016 a 2020, sólo se realizaron 63 visitas a los 89 centros distribuidos en el país para verificar si se configuraba alguna causal de incumplimiento para la revocación de la autorización sanitaria (Plataforma Nacional de Transparencia, folio 1215100953920).

Adicionalmente, inquieta que la actividad de la Cofepris se basa en realizar visitas de evaluación, verificación y supervisión de la actuación de terceros autorizados, al igual que aplicar y vigilar medidas de seguridad y sanciones (Reglamento de la Comisión Federal para la Protección contra

Riesgos Sanitarios, art. 15), pero sin existir criterios concretos en materia de reproducción asistida sobre los cuales ha de fundamentar las funciones que ejerce, ya que actualmente no existe *per se* una norma oficial mexicana o legislación específica que regule las condiciones que una clínica pública o privada de este giro debería tener y garantizar (Francisco Javier Sandoval, 2020, p. 148), razón por la cual, las visitas efectuadas son inadecuadas y son omisas en develar si se violentan o no los derechos humanos de todas las partes que intervienen en los procedimientos (Fernando Cano y Rosa Verónica Esparza, 2018).

Por ende, es viable concluir en este apartado que las clínicas y agencias de reproducción asistida en México, de carácter nacional e internacional, proliferan debido a los bajos costos que ofrecen y la cercanía geográfica con Estados Unidos de América, pues se asegura que la mayoría de los clientes provienen de aquel país (Yolinliztli Hernández, 2018, pp. 100 y 102). De igual manera, se afirma que a los intermediarios no se les exige cumplir con un mínimo de calidad y cantidad de información respecto a los programas que ofrecen, por lo que esta situación provoca que su práctica se desarrolle conforme a parámetros internos que, como se mostró en párrafos anteriores, contienen categorías sospechosas prohibidas por nuestro marco constitucional federal dado que son discriminatorios (Antonio Cabrera *et al.*, 2020, p. 94), y mientras esto sucede, continúan brindando sus servicios sin la vigilancia debida y vulnerando los derechos de la gestante, las personas que desean engendrar y de los niños y las niñas nacidos mediante este avance tecnológico (Consuelo Álvarez, María Eugenia Olavarría y Rosa Parisi, 2017, p. 14).

III. CRITERIOS RELEVANTES DEL SISTEMA INTERAMERICANO PARA EL ANÁLISIS DE LOS DERECHOS HUMANOS EN CONFLICTO CON LA GESTACIÓN SUBROGADA EN MÉXICO

Actualmente, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos no se ha pronunciado sobre la gestación por sustitución y los acuerdos celebrados, los derechos humanos en conflicto y las obligaciones estatales que derivan de ésta, sin embargo, en la reiterada jurisprudencia interamericana se han establecido los alcances, límites y deberes estatales de los derechos

a la libertad y autonomía reproductiva, a la salud sexual y reproductiva, y al interés superior de la niñez en conexión con su derecho a la identidad.

En relación con esto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) indica que prevalece el deber estatal de prevenir, razonablemente, las violaciones a derechos humanos cometidas en el ámbito de la atención médica, y ello requiere adoptar medidas para supervisar y fiscalizar las clínicas de reproducción asistida de carácter público y privado para asegurar la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad del servicio, y de esa manera, contar con centros de salud que estén debidamente habilitados, que sean aptos en infraestructura e higiene y que cuenten con profesionales calificados para ejercer tal actividad (*Caso I. V. vs. Bolivia*, 2016, párrafos 149, 152 y 208).

Asimismo, considera que debe existir una normativa clara y coherente respecto de los servicios de reproducción asistida, que comprendan el acceso a la información sobre las diversas tecnologías para procrear y los elementos a observar para asegurar la validez del consentimiento informado (*Caso I. V. vs. Bolivia*, 2016, párrafos 209 y 210), con la consecuente adopción de mecanismos adecuados para establecer y aplicar sanciones en caso de una conducta profesional médica indebida o de violación a los derechos de sus pacientes (*Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, 2013, párrafo 134).

Ahora bien, en cuanto a los derechos de las personas que desean reproducirse por medio de las TRA, destaca que el acceso a estos servicios de salud no es absoluto, empero, estima que es un derecho que se debe respetar y garantizar, de forma que cualquier restricción desproporcionada e innecesaria que permita el Estado, de *iure* o de *facto*, se traduce en una violación de los derechos a la vida privada, libertad reproductiva y al acceso al progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia (*Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica*, 2012, párrafos 143 y 150).

Por su parte, en lo que refiere a la mujer gestante, la Corte IDH precisa que el consentimiento previo, libre e informado, como el resultado de un proceso y no un mero acto de aceptación, es una condición *sine qua non* para la práctica médica, y a su vez, es un límite para que ni el Estado, ni terceros, ni el personal médico, se entrometa arbitrariamente en la esfera privada de la mujer en lo que respecta a las decisiones sobre su cuerpo, capacidad de reproducción y la cantidad de hijos e hijas que desea tener, pues de lo contrario, se afectarían sus derechos a la salud sexual y repro-

ductiva, a la autonomía y libertad reproductiva, a la dignidad y a la vida privada (*Caso I.V. vs. Bolivia*, 2016, párrafos 125, 163, 168 y 235).

También, resalta que la violación de los derechos antes descritos en el servicio de la salud, tienden a perpetuar estereotipos de género negativos asociados a restringir o anular la autonomía y libertad reproductiva de la mujer, ya que es vista como el ente reproductivo por excelencia que es incapaz de decidir por sí sola sobre su cuerpo y salud, por lo que, ante una intervención médica paternalista que la excluya de ese proceso de adopción de decisiones, corresponderá al Estado justificar, de forma rigurosa y exhaustiva, el porqué de tal elección constituye una medida necesaria para alcanzar un fin legítimo e imperioso, pues de no fundamentar las razones para no obtener el consentimiento previo, libre, e informado de la mujer, se probará que su decisión tenía como propósito discriminarla (*Caso I.V. vs. Bolivia*, 2016, párrafos 236, 243, 241 y 244).

Finalmente, en lo que refiere a las niñas y niños nacidos de la gestación por sustitución, la Corte IDH (Opinión Consultiva OC17/12, 2002, párrafos 58 y 65) señala que toda medida que pretenda limitar el ejercicio de cualquiera de sus derechos, adoptada por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, las autoridades administrativas, los órganos legislativos, o los tribunales, deberá atender principalmente al interés superior de la niñez (*Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, 2018, párrafo 215), en virtud que su protección es, *per se*, un fin legítimo e imperioso que exige medidas especiales de protección (*Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, 2012, párrafo 108).

Y en los procedimientos administrativos y judiciales concernientes sobre su guarda y custodia, demanda una diligencia y celeridad excepcional en aras de proteger los derechos en riesgo, puesto que el solo paso del tiempo potencialmente contribuye a la creación de vínculos afectivos con la familia acogedora que jurídicamente no le corresponde, y que serían difíciles de romper o cambiar sin causar un daño emocional y psicológico en el niño o niña (Medidas Provisionales Respecto de Paraguay, Asunto L. M., 2011, párrafos 16 y 18); de forma que, a mayor dilación en los procedimientos, se propiciaría una violación en su derecho a conocer su verdadera identidad, el cual adquiere un carácter *erga omnes* y no admite su derogación ni suspensión, en vista que es consustancial a los atributos y a la dignidad humana, pues también comprende el derecho

a las relaciones familiares, al nombre y a la nacionalidad (*Caso Contreras y otros vs. El Salvador*, 2011, párrafos 89 y 112).

En síntesis, a la luz de lo anterior se advierte la presencia de tres intereses en juego, por un lado, el interés de respetar el ejercicio de la autonomía reproductiva de las personas para procrear mediante la gestación por sustitución; por otro lado, se encuentra el interés de garantizar la autonomía reproductiva de la mujer para decidir sobre su propio cuerpo y salud; y por último, pero no menos importante, está el interés superior de la infancia, que se debe proteger para garantizar el derecho al desarrollo integral y la identidad de las niñas y niños nacidos mediante esta tecnología. Empero, de lo expuesto se aprecia que el derecho a reproducirse no es absoluto, que de no obtenerse el consentimiento informado de la mujer que decide gestar para otras personas, puede traer aparejados diversos actos discriminatorios en lo que respecta al derecho a la salud reproductiva, y de igual forma éste y el derecho a la identidad no admiten suspensión, y por ello, corresponde a México determinar un justo equilibrio entre los intereses contrapuestos, considerando los criterios aquí expresados.

IV. ESTABLECIMIENTO DE UNA ESTRATEGIA DE PREVENCIÓN EN EL MARCO DE LOS ACUERDOS INTERNACIONALES Y ESTÁNDARES DISPONIBLES PARA BUENAS PRÁCTICAS EN LA GESTACIÓN SUBROGADA EN MÉXICO

Hasta ahora se ha observado que el servicio de reproducción asistida en México se brinda complementariamente por la iniciativa privada, a pesar de ser primariamente deber del país ofrecerlo mediante sus centros de salud de carácter público conforme al artículo 4o. constitucional en cuanto al derecho humano a la salud reproductiva (*Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, 2013, párrafo 144), y bajo ese tenor, la responsabilidad de las autoridades mexicanas por violaciones a los derechos humanos cometidas en este ámbito, también se extiende a los servicios provistos por las clínicas privadas si se prueba que, en el marco de su deber de prevención en lo que refiere a procesos de subrogación, no adoptó oportunamente las medidas o acciones necesarias para evitar la materialización de las violaciones ante los riesgos reales e inmediatos que sus autoridades conocen o debían

de conocer sobre la conducta de las clínicas de reproducción asistida que lesionan los derechos de las y los pacientes (*Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala*, 2014, párrafo 142).

Bajo ese tenor, las medidas positivas que debe adoptar México son, en primera instancia, una regulación en materia de gestación subrogada que tenga como premisa la prohibición de venta de las niñas y los niños en ese escenario, en conjunto con la creación de salvaguardias para prevenirla y con ello evitar legalizarla y normalizarla al reglamentar esta técnica para la procreación (Maud de Boer, 2018, párrafos 22 y 23). Y dado que los procesos de subrogación tienen lugar en el ámbito de la atención a la salud, es primordial la existencia de una normativa clara, coherente y permanente sobre la prestación de los servicios de TRA, así como la implementación de mecanismos o medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la efectividad de dicha ley, en aras de garantizar la salud sexual y reproductiva y esclarecer las obligaciones a cargo del profesional médico para la correcta provisión de este servicio (*Caso I.V. vs. Bolivia*, 2016, párrafos 208 y 209).

Para ello, la norma en cuestión tendrá que permitir el acceso a la información y precisar el tipo y la cantidad imprescindible que se requiere ofrecer en ese tema para asegurar la obtención del consentimiento informado y los elementos a observar para su validez (*Caso I.V. vs. Bolivia*, 2016, párrafos 209), con el fin de reforzar la práctica médica y eliminar la discriminación basada en los estereotipos de género y la violencia que derive de esto (*Caso I.V. vs. Bolivia*, 2016, párrafos 186 y 210 y puntos resolutivos 11 y 12). Por otro lado, deberá regular los aspectos médicos de los acuerdos de gestación subrogada, en particular imponiendo límites al número de embriones implantados en una mujer gestante, y también a los intermediarios que tomen parte en los instrumentos, en lo que refiere a los aspectos financieros, de publicidad, normas éticas y competencias del caso (Maud de Boer, 2018, párrafo 77, incisos h, i).

En segunda instancia, y derivado de la incertidumbre que todavía presenta la reproducción asistida (Karl Nygren, 2004, pp. 1-2), es menester que la estrategia de prevención estatal incluya mecanismos para supervisar y fiscalizar constantemente el servicio de las TRA en clínicas públicas y privadas (*Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, 2018, párrafo 124), a fin de verificar que se consideren las particularidades de cada paciente para lograr el pleno entendimiento de la información y que otorga su consen-

miento previo a la realización de todo procedimiento (*Caso I. V. vs. Bolivia*, 2016, párrafos 192 y 210); así como asegurar que el servicio es provisto a la colectividad con calidad y sin mediar cualquier tipo de discriminación de *iure* o de *facto*, en especial para las personas que provienen de sectores en condiciones de vulnerabilidad (*Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, 2015, párrafos 173 y 176).

En tercera instancia, es indispensable esclarecer que el derecho internacional no reconoce el derecho a tener un hijo o hija genéticamente vinculado porque no es un producto o servicio que puede ser ofrecido por el Estado, por ende, deberán establecerse salvaguardias que impidan el cumplimiento automático de los contratos de gestación por sustitución para garantizar que la mujer gestante conserve la patria potestad en el momento del parto, con el objetivo de no sujetarla a ninguna obligación contractual o jurídica e invalidar sus derechos por medio de un instrumento, y solamente conceder mediante un mecanismo rápido y eficaz de registro (European Court of Human Rights (2019, párrafos 49, 54 y 55) la condición de madre o padre a la otra parte contratante, después de evaluar si ello es acorde al interés superior de la infancia y desarrollo integral de la niñez (Maud de Boer, 2018, párrafos 64, 70, 73 y 75).

Finalmente, se deberá informar a detalle sobre los aspectos financieros de los contratos en cuestión a las autoridades competentes, con el objetivo de que estos sean razonables y transparentes, es decir, resaltando que sólo se remunera a la mujer por el servicio de gestación y no por el traslado del bebé, para evitar pagos encubiertos que constituyan la venta de los bebés, ya que, en caso de detectarse acuerdos ilegales, habrán de dirigirse las multas penales o administrativas a los intermediarios implicados; además, será fundamental que la mujer reciba todos los pagos previo al traslado físico y jurídico del recién nacido, con el propósito de que dicho acto emane de sus propias intenciones y no como producto de las obligaciones contractuales. Y a efecto de facilitar el seguimiento y evaluación de los servicios de gestación subrogada para elaborar políticas apropiadas que respeten los derechos humanos, será esencial que el Estado recopile, analice y difunda datos completos y fiables sobre los servicios y acuerdos celebrados en este ámbito y su impacto (Maud de Boer, 2018, párrafos 72 y 77 incisos d, k, l).

V. CONCLUSIONES

El caso mexicano preocupa, en tanto que en el ámbito federal y estatal las TRA y los acuerdos de gestación subrogada no se encuentran regulados de forma completa, imparcial, clara y coherente, no obstante, ello no ha sido óbice para que se continúen efectuando procedimientos de este giro que afectan de manera negativa en los derechos de las partes involucradas, dado que dicha tecnología para la procreación no deja de ser un “negocio” global que se ha acrecentado por la atractiva posibilidad que brinda de establecer un vínculo genético entre progenitor y descendiente, y por los bajos costos que ofrecen los establecimientos situados en el país, pues como pudo observarse a lo largo del artículo en mérito, el acceso a las gestación por sustitución en distintas regiones del mundo, con excepción de México, suponen altas erogaciones de dinero que no pueden ser costeadas por todas las personas que las requieren.

En ese sentido, la omisión de una normativa sobre la materia, combinada con la conducta permisiva de las autoridades mexicanas al consentir el turismo reproductivo, únicamente ha encontrado su límite en las restricciones impuestas por las leyes generales. Empero, sobra mencionar que ello permanece insuficiente, pues a pesar que el ordenamiento vigente contempla, *inter alia*, el deber del profesional de la salud de obtener el consentimiento informado de sus pacientes previo a la realización de todo procedimiento médico (Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica, art. 80), así como la obligación de supervisar la actuación de terceros autorizados y aplicar sanciones en caso de incumplimiento a las disposiciones sanitarias (Reglamento de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios, art. 15), en el artículo bajo estudio se reveló la deficiencia de dichas pautas por fijar reglas genéricas y la consecuente necesidad de contar con una ley, reglamento o norma oficial mexicana que precise, en lo particular, las responsabilidades del personal calificado que utiliza las TRA y los requisitos que han de satisfacer los establecimientos para ofrecer un servicio ético y de calidad.

Adicionalmente, el funcionamiento de las clínicas de reproducción asistida en condiciones irregulares que ponen en riesgo los derechos humanos refleja el exiguo actuar del gobierno mexicano para implemen-

tar mecanismos destinados a supervisar y fiscalizar, de forma adecuada, los servicios de la tecnología para la procreación por parte de sus autoridades sanitarias. Y el resultado de dicha conducta se aprecia con la carencia de publicidad fidedigna sobre la técnica *per se* y la cantidad de procedimientos exitosos, los riesgos que implican las TRA para algunas mujeres que ya cuentan con ciertos factores que incrementan los mismos, las ganancias promedio de las gestantes, y los obstáculos que pueden presentarse para obtener el reconocimiento de la filiación, en particular, cuando la gestación por sustitución tiene puntos de conexión con al menos dos sistemas jurídicos diferentes.

En ese rigor, dicha situación ha suscitado, por una parte, falsas expectativas en las personas que pagan para beneficiarse de estos servicios y en las mujeres que ingresan para obtener ganancias, y por otra parte, la inobservancia en la obligación del Estado mexicano relativa a la producción de información en materia de salud sexual y reproductiva que posibilite identificar los principales problemas en los ámbitos local y nacional en que viven las personas que se encuentran bajo su jurisdicción; esto con la finalidad de formular políticas públicas incluyentes y asignar los recursos necesarios para proporcionar una mejor atención a las y los usuarios que requieren o desean acceder a las tecnologías para la procreación. Por supuesto, esto último no significa destinar el total de los recursos de seguridad social a los programas que incluyan a las TRA, sin embargo, sí implica que las autoridades locales incorporen de forma progresiva la disponibilidad de aquellas, en aras de reconocer su carácter prioritario para atender la infertilidad y enfermedades genéticas que aquejan a las y los ciudadanos.

Por consiguiente, se infiere que la actual postura adoptada por el gobierno persiste en descuidar el actuar de las clínicas de reproducción asistida que fungen como intermediarias, a pesar de los factores que hoy por hoy tornan más complejo el escenario, a saber: i) para algunas entidades federativas la mujer que da a luz es considerada la madre legal en virtud del principio *mater semper certa est*, ii) el registro oportuno e inmediato de los bebés nacidos por medio de esta tecnología continúa siendo un problema considerable y iii) las autoridades por motivos que contravengan el orden público pueden señalar requisitos adicionales para otorgar o denegar la filiación.

Así pues, se percata que los inconvenientes originados entre la mujer gestante y las personas con intención de procrear terminan por discutirse ante los jueces locales cuando el procedimiento de gestación por sustitución ya se consumó, y en consecuencia, ya se materializó el sufrimiento de los futuros padres o madres por la desinformación sobre la duración y dificultades que pueden manifestarse a lo largo y al término de dicho procedimiento, de la misma forma que se cristalizó la anulación al derecho de la mujer a ser informada sobre sus derechos sexuales y reproductivos y a tomar libremente una decisión que pertenece a la esfera más íntima de su vida privada, al igual que se concretó la vulneración en el derecho de la niñez a preservar su identidad. De suerte que, la totalidad de lo expuesto previamente, invita a reflexionar si el recurso idóneo para evitar los abusos y mala *praxis* médica supone el prescindir legislar sobre la materia y ocasionalmente aplicar restricciones discriminatorias, o bien, instaurar directrices concretas a obedecer en conjunto con su constante verificación para que prevalezca la transparencia en la prestación de los servicios de subrogación; no obstante, corresponde reiterar en esta sección que, de administrarse reglas y medidas de prevención en este ámbito, se favorecería a disminuir la comparecencia ante los tribunales, y por ende, a salvaguardar el ejercicio de los derechos humanos contrapuestos, toda vez que las resoluciones de los juzgadores no garantizan en todos los casos la restitución íntegra de estos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR, María Virginia (2020). La práctica de la gestación por sustitución transfronteriza en México, En María Mercedes Albornoz (ed.), *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado*, pp. 303-304. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Centro de Investigación y Docencia Económicas. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6030/1a.pdf>.
- ALBERT, Marta (2017). La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución. *Cuadernos de Bioética* 28(2), pp. 192-193. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87551223004>.

- ALBORNOZ, María Mercedes (2020). Gestación por sustitución transfronteriza y problemas recurrentes en torno a ella. En María Mercedes ALBORNOZ (ed.), *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Centro de Investigación y Docencia Económicas. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6030/1a.pdf>.
- ALBORNOZ, María Mercedes y Francisco LÓPEZ GONZÁLEZ (2017). Marco normativo de la gestación por sustitución en México: desafíos internos y externos. *Revista IUS*, 11(39). http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100009.
- ÁLVAREZ DÍAZ, Jorge Alberto (2011). Retos de la bioética en la medicina del siglo XXI. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, 28(4), p. 660. http://www.scielo.org.pe/scielo.php?pid=S1726-46342011000400014&script=sci_arttext.
- ÁLVAREZ PLAZA, Consuelo, OLAVARRÍA, María Eugenia y Rosa PARISII (2017). Repensando el feminismo: el debate de la gestación subrogada en México, España e Italia. *Dada Rivista di Antropologia Post-Gobale*. (2), pp. 6-19. <http://www.dadarivista.com/Singoli-articoli/2017-Dicembre/01.pdf>.
- AMEZ GARCÍA, Javier y María AYALA MARTÍN (2017). Turismo reproductivo y maternidad subrogada. *DS: Derecho y Salud*, 27(1), p. 203. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6334695>.
- BALCÁZAR RUIZ, Mónica Victoria y María del Carmen MARTÍNEZ VALDÉS (2017). Dilemas sobre la maternidad subrogada en México. *Oñati Socio-Legal Series*, 7(1), pp. 230-253. <http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/04/Ruiz-y-Valdes-GS-en-Mexico.pdf>.
- CABRERA CABRERA, Antonio *et al.* (2020). Tasas de éxito en clínicas de fertilidad. *Revista de Medicina y Ética*, 31(2), p. 262. <https://doi.org/10.36105/mye.2020v31n2.01>.
- CANO VALLE, Fernando y Rosa Verónica ESPARZA PÉREZ (2018). El anclaje jurídico ante las técnicas de reproducción asistida. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 51(151), pp. 13-50. <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2018.151.12287>.
- Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica* (2012). Corte IDH, 28 de noviembre. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/se_riec_257_esp.pdf.

- Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile* (2012). Corte IDH, 24 de febrero. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf.
- Caso Contreras y otros vs. El Salvador* (2011). Corte IDH, 31 de agosto. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_232_esp.pdf.
- Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador* (2015). Corte IDH, 1 de septiembre. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf.
- Caso I. V. vs. Bolivia* (2016). Corte IDH 30 de noviembre. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf.
- Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile* (2018). Corte IDH, 8 de marzo. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf.
- Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala* (2018). Corte IDH, 9 de marzo. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_351_esp.pdf.
- Caso Suárez Peralta vs. Ecuador* (2013). Corte IDH, 21 de mayo. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_esp.pdf.
- Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala* (2014). Corte IDH, 19 de mayo. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_277_esp.pdf.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_241220.pdf.
- Convención sobre los Derechos del Niño (1989). Asamblea General de las Naciones Unidas Resolución 44/25. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2011). *Medidas Provisionales Respecto de Paraguay, Asunto L.M.* https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/lm_se_01.pdf.
- DE BOER-BUQUICCHIO, Maud (2018). *Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños*. Asamblea General de Naciones Unidas. A/HRC/37/60, párrafo 10. <https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FHRC%2F37%2F60&Language=E&DeviceType=Desktop>.
- ESPARZA PÉREZ, Rosa Verónica (2017). La depreciación de los derechos humanos y la regulación de la reproducción humana asistida en México. *Gaceta Médica de México*, 153(5), p. 627. <https://www.medigraphic.com/pdfs/gaceta/gm-2017/gm175j.pdf>.
- European Court of Human Rights (2019). *Advisory Opinion Concerning the Recognition in Domestic Law of a Legal Parent-Child Relationship Between a Child Born Through a Gestational Surrogacy Arrangement Abroad and the Inten-*

- ded Mother. Requested by the French Court of Cassation (Request no. P16-2018-001)*. <http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=003-6380464-8364383>.
- FLORENCIA, Luna (2019). Edición genética y responsabilidad. *Revista de Bioética y Derecho* (47), pp. 43-54. http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872019000300005&lng=es&tlng=es.
- FLORES HERNÁNDEZ, Juan Antonio y Gabriela ROMERO AGUADO (2019). Gestación por sustitución internacional. Derecho a la vida privada y familiar en la doctrina y sentencia del 28 de abril 2017. *Revista Misión Jurídica*, 12(6), p. 82. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7026540>.
- FRONEK, Patricia (2018). Current Perspectives on the Ethics of Selling International Surrogacy Support Services. *Medicolegal and Bioethics*, 8, pp. 11-20. <https://doi.org/10.2147/MB.S134090>.
- FULDA GRAUE, Isabel, RAMOS DUARTE, Rebeca y Regina TAMÉS NORIEGA (2020). Cuestiones controvertidas en torno a la gestación por sustitución. En María Mercedes ALBORNOZ (ed.), *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado*. México. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Centro de Investigación y Docencia Económicas. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6030/1a.pdf>.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y María Mercedes ALBORNOZ (2016). Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 16, pp. 159-187. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542016000100159.
- Hague Conference on Private International Law (2014). *A Study Of Legal Parentage And The Issues Arising From International Surrogacy Arrangements (Prel. Doc. No. 3C The Study)*. <https://assets.hcch.net/docs/bb90cfd2-a66a-4fe4-a05b-55f33b009cfc.pdf>.
- HAIMOWITZ, Rebecca y Vaishali SINHA (dirs.) (2010). *Made in India: A Film about Surrogacy* [película]. Woman Make Movies.
- HERMIDA BELLOT, Beatriz (2018). Gestación subrogada: un problema global. Situación en el marco de la Unión Europea, la Conferencia de Derecho internacional Privado de La Haya, y el Comité de los Derechos del Niño. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 94(767), p. 1206. https://repositorioinstitucional.ceu.es/bitstream/10637/10469/1/Gestaci%CC%83%20B3n%20subroga_da_un%20problema%20global.pdf.
- HERNÁNDEZ NIETO, Carlos Alberto *et al.* (2016). Análisis de los factores asociados con embarazos múltiples en tratamientos de reproducción asis-

- tida compleja. *Ginecología y Obstetricia de México*, 84(1), pp. 31-34. <https://www.medigraphic.com/cgi-bin/new/resumen.cgi?IDARTICULO=64888>.
- HERNÁNDEZ PÉREZ, Yolíniztli (2018). Gestación subrogada: una revisión etnográfica para contribuir al debate en México. *Debate Feminista* 56, p. 87. <https://doi.org/10.22201/cieg.2594066xe.2018.56.05>.
- Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales. Plataforma Nacional de Transparencia, folio 1215100953920.
- Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGDNNA_171019.pdf.
- Ley General de Salud. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142_041220.pdf.
- MANTILLA PABÓN, Ana Patricia *et al.* (2017). El acceso a las técnicas de reproducción asistida como una garantía de los derechos sexuales y reproductivos: la jurisprudencia de la Corte Constitucional a la luz del derecho internacional de los derechos humanos. *Justicia*, 31, p. 72. <https://doi.org/10.17081/just.22.31.2605>.
- MOGUEL HERNÁNDEZ, Alejandro *et al.* (2017). Complicaciones neonatales asociadas a técnicas de reproducción asistida en el Hospital Español de México. *Revista Mexicana de Pediatría*, 84(5), pp. 183 y 185. <https://www.medigraphic.com/pdfs/pediat/sp-2017/sp175c.pdf>.
- MONTES BRISEÑO, Centella y Hans PARRES JURADO (2016). Gestación sustituta y subrogada en México, derecho humano no reconocido constitucionalmente. *Migración y Refugio: Barreras y Geopolítica* (6), pp. 40-41. http://cedhj.org.mx/revista%20DF%20Debate/articulos/revista_No6/ADEBATE-6-art3.pdf.
- NYGREN, Karl (2004). On The Necessity of Monitoring ART. *Middle East Fertility Society Journal*, 9(1), pp. 1-2. <https://tspace.library.utoronto.ca/bitstream/1807/7414/1/mf04001.pdf>.
- OLAVARRÍA, María Eugenia (2018). Intermediarias y donantes de la gestación subrogada en México. *Revista de Antropología Social*, 27(2), p. 340. <http://dx.doi.org/10.5209/RASO.61855>.
- OLAVARRÍA, María Eugenia (2018b). La gestante sustituta en México y la noción de trabajo reproductivo. *Revista Interdisciplinaria de Estudios de Género de El Colegio de México*, 4. <https://doi.org/10.24201/egv4i0.144>.
- Opinión Consultiva OC-17/02. Corte IDH, del 28 de agosto de 2002. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 161, mayo-agosto de 2021, pp. 479-508.

- POCOCK, Tess Louise (2015). *Buyers Beware: Considerations of Cross-Border Surrogacy Arrangements in the United States-Mexico Context*. [Tesis de Maestría, Universidad Central Europea de Budapest]. http://www.etd.ceu.hu/2015/pocock_tess.pdf.
- Reglamento de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Federal/pdf/wo88332.pdf>.
- Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LGS_MPSAM_170718.pdf.
- Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Publicidad. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LGS_MP.pdf.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen (2018). Gestación por sustitución: una realidad y dos soluciones en la experiencia jurídica española. *In Dret Revista para el Análisis del Derecho* 4, pp. 24-25. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3289050.
- SANDOVAL, Francisco Javier (2020). Bioética jurídica y crioconservación derivada de las técnicas de reproducción asistida. *Revista Perspectiva Jurídica* (14), p. 148. https://edkpublicaciones.com/up/pdf/perspectiva_juridica_14.pdf#page=147.
- SCHURR, Carolin (2017). From Biopolitics to Bioeconomies: The ART of Reproducing White Futures in Mexico's Surrogacy Market. *Environment and Planning D: Society and Space*. 35(2), pp. 246 y 249. <https://doi.org/10.1177/0263775816638851>.
- Secretaría de Salud de México (2012). Norma Oficial Mexicana, NOM-004-SSA3-2012. http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5272787&fecha=15/10/2012.
- Tesis: 1a. CCCXV/2015. SCJN. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época, t. II, p. 1645, 23 de octubre. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2010268>.
- Tesis: 1a. LXXVIII/2018. SCJN, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época, t. II, p. 980, 22 de junio. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2017285>.
- Tesis: 1a. LXXXVII/2019. SCJN. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época, t. II, p. 1157. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2020783>.

- VARGAS BACA, Rosa Elvira (2020). Derecho internacional privado mexicano aplicable a la gestación por sustitución. En María Mercedes Albornoz (ed.). *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Centro de Investigación y Docencia Económicas. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6030/1a.pdf>.
- VELÁZQUEZ, Lourdes (2018). Algunos aspectos acerca del consentimiento informado en la gestación subrogada. *Dilemata Revista Internacional de Éticas Aplicadas* (26), p. 19. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6278530>.
- VILAR GONZÁLEZ, Silvia (2017). *Gestación por sustitución en España. Un estudio con apoyo en el derecho comparado y especial referencia a California (EEUU) y Portugal* [Tesis doctoral, Universitat Jaume I. Departament de Dret Privat], p. 86. <http://dx.doi.org/10.6035/14005.2017.11260>.