**Contribución para Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás materiales que muestre abusos sexuales de niños.**

El Grupo de Información en Reproducción Elegida, A.C. (GIRE) es una organización feminista de derechos humanos que trabaja por la justicia reproductiva en México. GIRE incorporó en 2011 a su lista de temas prioritarios a la reproducción asistida, incluida la gestación subrogada y, desde entonces, ha trabajado con legisladores, mujeres gestantes y personas involucradas en la práctica. Para saber más al respecto, ver gire.org.mx.

**La gestación subrogada como un tema de derechos humanos**

La práctica de la gestación subrogada plantea problemas particularmente difíciles, ya que involucra temas controvertidos que siguen sin resolverse desde una perspectiva feminista y de derechos humanos. Además, el aumento a nivel mundial del número de personas que participan en acuerdos de gestación subrogada ha llevado a complejas discusiones teóricas y políticas sobre diversas cuestiones como son los derechos de las partes que intervienen en los acuerdos, las reglas para determinar la filiación de los niños nacidos por gestación subrogada y el marco legal internacional necesario para responder a esta práctica global.

**Regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) en México**

El acceso a las TRHA implica el ejercicio de una serie de derechos humanos, entre ellos a fundar una familia, a la vida privada (autonomía reproductiva), a la salud y a beneficiarse del progreso científico. Garantizar estos derechos incluye la regulación e implementación de las TRHA para que quienes no puedan embarazarse sin intervención médica puedan acudir a ellas. En México, desde hace décadas, miles de personas recurren a estos procedimientos por diversas razones: son infértiles, son parejas del mismo sexo o son personas solteras. Sin embargo, hasta este momento, no existe una normativa federal vigente que regule estos procedimientos y, por lo tanto, se prestan sin una verificación sanitaria adecuada ni protección a los derechos humanos de las partes.[[1]](#footnote-1)

En México, el artículo 3° de la Ley General de Salud establece que el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y células es materia exclusiva federal de salubridad general. Por lo tanto, la emisión de la normatividad aplicable a los servicios de reproducción asistida es competencia federal y, con fundamento en el artículo 73 constitucional, corresponde a la Ley General de Salud establecer las bases para su regulación. A pesar de que, en México, hasta el 31 de diciembre del 2018, 130 clínicas o establecimientos privados y públicos[[2]](#footnote-2) operan y practican TRHA, con licencia sanitaria expedida por la Comisión Federal contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS)[[3]](#footnote-3), hasta este momento, ni el Congreso de la Unión ni la Secretaría de Salud federal han atendido a su obligación de establecer una normativa en la materia que sea compatible con los avances de la ciencia médica y con los derechos humanos.

Por su parte, la gestación subrogada ha sido regulada únicamente en dos estados: Tabasco y Sinaloa. En 1997, el estado de Tabasco introdujo una regulación sobre gestación subrogada en su código civil, que simplemente contemplaba el registro de menores nacidos a partir de estos acuerdos. Es decir, la legislación permitía que existieran los contratos, pero no ofrecía protecciones a las partes y favorecía la aparición de ciertos abusos y problemas. El 13 de enero de 2016 se aprobó una reforma a dicha legislación, lo que dio lugar a algunas nuevas oportunidades y, al mismo tiempo, a violaciones a derechos humanos por parte de autoridades del Estado. En Sinaloa la figura se introdujo en 2013 en su código familiar, con restricciones para acceder a los acuerdos en casos de personas extranjeras.

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

**La situación actual en Tabasco**

A pesar de que la posibilidad de participar en un contrato de gestación subrogada en Tabasco se introdujo hace veintidós años, el número de personas y parejas de otros países que viajaban al estado a realizar contratos de este tipo aumentó a partir de 2012 cuando India —el entonces mayor destino de gestación subrogada en el mundo— modificó su legislación para imponer restricciones importantes a personas extranjeras y parejas del mismo sexo. En 2014, Tailandia hizo lo propio, lo cual también derivó —aunque en menor medida— en un mayor número de casos de gestación subrogada transfronteriza en México. En respuesta a esta situación, el gobierno del estado de Tabasco reformó en enero de 2016 el código civil local para incluir el capítulo 6 bis, De la gestación sustituta y subrogada, con una regulación más comprehensiva que la que había estado vigente hasta entonces.

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

Además, la normativa vigente en Tabasco establece que todas las partes del proceso deben ser mexicanas, lo que discrimina a las personas extranjeras que son residentes permanentes o temporales en el país, incluidas aquellas en concubinato o matrimonio con personas mexicanas. Esta restricción, promovida por parte del gobierno de Tabasco como una forma de “proteger” a las mujeres de la entidad, ha derivado en un clima de persecución y estigma hacia padres intencionales y mujeres gestantes, así como en la falta de protección de niños y niñas nacidos de estos acuerdos.

Por otra parte, por definición, la normativa se refiere a la existencia de una madre y un padre contratantes, lo que excluye implícitamente a personas solteras y parejas del mismo sexo de acceder a estos acuerdos y que, por lo tanto, es discriminatoria por razón de sexo y estado civil. En el caso de México, dicha limitación es violatoria del artículo 1° constitucional, de la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) el 27 de enero de 2017 relativa a la vida familiar entre personas del mismo sexo[[4]](#footnote-4), así como de los tratados internacionales de los que México es parte. Si bien se puede justificar el establecimiento de ciertos requisitos de acceso en aras del interés superior del menor, así como la protección de los derechos de las mujeres gestantes, éstos deben estar justificados o basarse en una evaluación individual caso por caso. Los prejuicios de legisladores y funcionarios públicos no deben traducirse en el establecimiento de normas y políticas públicas.

Asimismo, la normativa actual establece ciertos requisitos que, en caso de no cumplirse, producirían la nulidad del contrato de gestación subrogada. Sin embargo, estas disposiciones son ambiguas, situación que genera inseguridad jurídica para las partes. Por ejemplo, la intervención de agencias, despachos, o terceras personas en los acuerdos, es una causa de nulidad, pero ignorar la existencia de intermediarios en la práctica puede contribuir a fomentar que actúen en la clandestinidad, sin que alguna autoridad sea capaz de controlar su funcionamiento y con ello evitar que incurran en abusos. (**Ver caso de Laura: Las consecuencias de un acuerdo informal. Anexo 1**.) Por ello, la legislación debería reconocer la existencia de estos intermediarios y definir qué instituciones deben encargarse de su regulación y vigilancia, como ocurre en los casos de adopción en los que participan intermediarios regulados por el Estado.

Más aún, sería necesario establecer qué implica la nulidad en casos de contratos de gestación subrogada en los que una mujer ya se encuentra cursando un embarazo o, incluso, cuando se descubren causas de nulidad tras el nacimiento de un menor producto de este contrato. Por ejemplo, si posterior al nacimiento de un producto por gestación subrogada se descubre que la mujer gestante había participado en más de dos ocasiones en la práctica o que la madre contratante rebasa el límite de edad, ¿qué consecuencias habría?, ¿una sanción a las partes?, ¿afectaría las condiciones de filiación del menor? La falta de especificación sobre lo que implica la nulidad en estos casos es una omisión grave que puede afectar de manera particular a las mujeres gestantes y a las niñas y niños que nazcan de estos acuerdos, dejándolos en un estado de inseguridad jurídica alarmante.

Por último, el código civil establece la obligación de los padres contratantes de hacerse cargo de los gastos médicos derivados del embarazo, parto y puerperio, así como contratar un seguro de gastos médicos mayores para la mujer gestante. Esto, sin duda, es un elemento positivo que puede contribuir a proteger la vida y la salud de las mujeres gestantes, quienes, en la mayoría de los casos enfrentan servicios médicos deficientes, violencia obstétrica y violaciones a su derecho a la vida privada. Sin embargo, permitir el pago exclusivamente de gastos médicos limita la posibilidad de exigir otro tipo de gastos relacionados, como transporte, vestido y alimentación. Además, el pago de una compensación económica es una realidad que debe reconocerse en la legislación, no sólo por reconocimiento a la voluntad de las partes y la autonomía reproductiva de las mujeres, sino atendiendo a que, de otra manera, los acuerdos probablemente se llevarían a cabo en la clandestinidad, dejando a las mujeres en una situación de vulnerabilidad mayor que la que viven en la actualidad. Al establecer prohibiciones a la gestación subrogada onerosa, las gestantes potenciales quedan desprotegidas bajo la simulación de un acuerdo altruista, que abre la posibilidad a situaciones de explotación aún más graves.

De acuerdo con testimonios recabados por GIRE, algunas mujeres que han participado en acuerdos de gestación subrogada dan cuenta de que, en la práctica, el derecho a la información no se respeta ni se garantiza. En caso de que se realice un contrato, la explicación de éste suele realizarla el mismo personal jurídico de la agencia o de la clínica, que actúa también como asesor legal de los padres intencionales.[[5]](#footnote-5) Esto representa un conflicto de interés importante. Además, la mayoría de las mujeres gestantes no recibe una copia de su contrato, no lo conoce, ni tuvo forma de participar en definir los términos del mismo.

Algunos contratos desde el inicio establecen cláusulas que desconocen la capacidad de las mujeres gestantes de tomar decisiones íntimas sobre su cuerpo. Por ejemplo, estableciendo que no puedan interrumpir su embarazo, incluso cuando su vida corra peligro. Estas cláusulas son violatorias del derecho de las mujeres a decidir sobre su propio cuerpo, protegido por el artículo 4 constitucional y los tratados internacionales de los que México es parte. El caso de Victoria donde la falta de atención prenatal derivó en la pérdida de un embarazo, permite ilustrar esta situación. **Ver caso de Victoria: Falta de cuidado médico para una mujer gestante. Anexo 2.**

**Criminalización**

Sobre la celebración de acuerdos de gestación subrogada remunerada, en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía[[6]](#footnote-6) se ha estableciendo que, cuando la gestación por sustitución es onerosa, implica un pago como contraprestación por una obligación de hacer que deviene en una de dar, puesto que culmina con la entrega del niño nacido a raíz de la gestación, a quienes realizaron el pago. Desde un enfoque reduccionista esta modalidad de la gestación subrogada podría configurar venta de niños. Sin embargo, como se expresa en el reciente Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños de la ONU, es factible que la gestación subrogada onerosa sea compatible con el Protocolo, y no comporte la venta de niños si los Estados la regulan de manera clara y sin ambigüedades. Por ello, es necesario que el marco normativo de la gestación subrogada garantice los derechos de las partes interesadas para prevenir las prácticas de explotación.[[7]](#footnote-7)

Quizás, el efecto más grave que ha tenido la aprobación de la nueva legislación en el estado de Tabasco ha sido fomentar un clima de persecución a las mujeres que gestan o han gestado para personas extranjeras, personas solteras o parejas del mismo sexo. Así, algunas mujeres gestantes que firmaron contratos legales en el estado antes de la reforma de 2016 han sido amenazadas por funcionarios públicos y, en ocasiones, enfrentan acusaciones penales por el delito de tráfico de menores.[[8]](#footnote-8) Asociar la gestación subrogada con el tráfico de personas e incluirla dentro del marco legal que sanciona la trata de personas conlleva a criminalizar a los involucrados —padres intencionales, intermediarios, personal de salud que interviene en los procedimientos y mujeres gestantes— que llevan a cabo acuerdos de manera libre y consentida. **Ver el caso de Marcela: obligada a mentir. Anexo 3**.

En ocasiones, los contratos de gestación subrogada se pueden firmar en contextos de desigualdad económica y social entre las mujeres gestantes y los padres intencionales, lo cual puede afectar su capacidad para decidir participar en ellos. Es por eso, precisamente, que la regulación cobra relevancia. La prohibición de la gestación subrogada no es sólo una medida comúnmente basada en estereotipos de género y prejuicios acerca de la maternidad, la gestación y la capacidad de las mujeres para tomar decisiones, sino que resulta ser una medida inadecuada para proteger a las partes de los abusos más comunes. Prohibir la práctica no la hará desaparecer. En cambio, fomentaría que se produzca en la clandestinidad, donde el Estado no puede ofrecer protecciones a las partes, vigilar las condiciones de los contratos ni asegurar que la actuación de clínicas y agencias sea acorde a la ley y a los derechos humanos.

En términos generales, la experiencia internacional muestra que prohibir la gestación subrogada, lejos de proteger a las mujeres, favorece su persecución, además de contribuir a vulnerar aún más los derechos de las niñas y niños que nacen a partir de estos acuerdos y promover la aparición de nuevos patrones de abuso. El caso de Camboya es un ejemplo claro de ello: tras las restricciones impuestas en India, Tailandia y Nepal para el acceso a extranjeros a acuerdos remunerados de este tipo, Camboya se convirtió en un nuevo destino de gestación subrogada internacional. Entonces, el Ministerio de Salud publicó una directriz que establecía la suspensión provisional de la práctica y su equiparación con el tráfico de personas. Dicha directriz, que en teoría buscaba evitar los abusos relacionados con la práctica y, en particular, la protección de las mujeres gestantes, llevó en 2017 al arresto de más de treinta mujeres gestantes que participaban en acuerdos de gestación subrogada, que fueron liberadas en diciembre de 2018 bajo la condición de que aceptaran criar a los niños surgidos de dichos acuerdos como propios.[[9]](#footnote-9)

**Posibles avances**

A partir de la reforma en 2016, podría esperarse la existencia de cifras públicas oficiales que den cuenta de la magnitud del fenómeno de la gestación subrogada en el estado de Tabasco. Entre los cambios positivos introducidos en el código civil destaca la responsabilidad tanto de la Oficina del Registro Civil como de la Secretaría de Salud del estado de Tabasco de registrar los acuerdos y los nacimientos por gestación subrogada en el estado.

En el contexto de la nueva regulación, GIRE realizó solicitudes de acceso a la información tanto a la Oficina del Registro Civil como a la Secretaría de Salud del estado. Al respecto, la primera autoridad respondió que de enero de 2016 a diciembre de 2018 cuenta con 19 avisos notariales sobre la celebración de un contrato de gestación subrogada en el estado.[[10]](#footnote-10) Por su parte, la Secretaría de Salud local informó que, en el mismo periodo de tiempo, se registraron 30 informes notariales;[[11]](#footnote-11) sin embargo, ninguna de las autoridades registra información sobre nacionalidad, edad y estado civil de las partes que intervienen en los contratos. De acuerdo con datos proporcionados por la COFEPRIS, en el estado de Tabasco dos clínicas cuentan con licencia de funcionamiento para practicar TRHA.[[12]](#footnote-12)

Por último, la legislación actual contempla que, una vez acordado entre las partes y certificado por un notario público, un juez debe vigilar y aprobar el contenido del contrato. Las cláusulas previstas en los contratos de gestación subrogada son uno de los elementos más importantes para definir las condiciones en las que se llevará a cabo la práctica y asegurar un consentimiento verdaderamente informado de las partes. La participación de un juez, como autoridad judicial, podría contribuir a establecer un filtro adicional que vigile tanto la legalidad como el consentimiento de las partes. GIRE solicitó al Poder Judicial del Estado de Tabasco información pública sobre el número de contratos de gestación subrogada registrados en el estado. En respuesta, la autoridad informó que se han radicado, de enero de 2016 a abril de 2018, trece expedientes relativos a juicios no contenciosos de ratificación de contrato de maternidad gestacional sustituta.[[13]](#footnote-13) Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia del estado de Tabasco nos negó el acceso a la versión pública de estos expedientes al considerarlos información confidencial.[[14]](#footnote-14)

En julio de 2018, el estado de Tabasco pasó por un proceso electoral que derivó en un cambio de gobierno local. Hasta ahora, no es claro si la nueva administración y el congreso entrante tienen algún interés por promover un cambio de legislación o política pública con respecto a la gestación subrogada en la entidad. El 15 de febrero de 2016, la entonces Procuradora General de la República presentó una acción de inconstitucionalidad en contra de la reforma al código civil de Tabasco, por considerar que algunos elementos de la misma van en contra del interés del interés de las partes.[[15]](#footnote-15)Asimismo, se encuentra pendiente de resolución, por parte de la Primera Sala de la SCJN, un amparo en revisión para determinar si las normas jurídicas que regulan los procesos de reproducción asistida en el estado de Tabasco dan la suficiente seguridad jurídica a las partes intervinientes y si la actual regulación en ese estado vulnera derechos humanos.[[16]](#footnote-16) La respuesta que emita la Suprema Corte en estos casos puede resultar determinante en establecer criterios que permitan guiar el actuar del Estado con respecto a la práctica de la gestación subrogada en México.

**Interés superior de la niñez en el ordenamiento mexicano**

En 2011 México incorporó el principio del interés superior de la niñez en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al especificar que:

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

En México, la Ley General de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA), promulgada en 2014, en su artículo 2º, párrafo segundo, dispone que "El interés superior de la niñez deberá ser considerado de manera primordial en la toma de decisiones sobre una cuestión debatida que involucre niñas, niños y adolescentes. Cuando se presenten diferentes interpretaciones, se elegirá la que satisfaga de manera más efectiva este principio rector". La misma ley refiere en su artículo 13 que entre los derechos de niñas, niños y adolescentes se encuentra el derecho a la identidad y el derecho a vivir en familia. Serán las autoridades federales, así como de las entidades federativas, municipales y de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, en el ámbito de sus respectivas competencias las que adoptarán las medidas necesarias para garantizar estos derechos, sin discriminación de ningún tipo o condición.

La SCJN, por su parte, definió el interés superior de la niñez estableciendo que "…la expresión ‘interés superior del niño’ (...) implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”.[[17]](#footnote-17)

**La situación de niños y niñas en el estado de Tabasco**

GIRE ha documentado las dificultades de padres o madres intencionales para obtener un pasaporte para sus hijos nacidos a partir de un acuerdo de gestación subrogada. La Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE), órgano federal encargado de emitir dicho documento que permite la salida del país, en ocasiones ha obstaculizado el acceso a pasaportes en casos de parejas de hombres al considerar sospechoso que en las actas de nacimiento no aparezca una mujer (madre) y argumentan que su intención es proteger a los niños de delitos tales como la trata. **Ver caso José: Atrapados en México por más de seis meses. Anexo 4.**

Entre los casos documentados y litigados por GIRE, el patrón más recurrente es la negación de actas de nacimiento por parte de la Oficina del Registro Civil de Tabasco, requisito indispensable para solicitar un pasaporte, probar la filiación y acceder a servicios tan básicos como la atención en salud. El caso de Michael, cuyo hijo fue retenido en un albergue del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia por más de un mes, es ilustrativo de este patrón. **Ver caso Michael y Valeria: Retención ilegal de un menor y criminalización de una mujer gestante. Anexo 5.**

**Criterios de la SCJN sobre determinación de la filiación en procedimientos de reproducción asistida**

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

La SCJN ha manifestado que el derecho a la identidad no sólo consiste en la posibilidad de que el niño o niña tenga información sobre su origen genético y la identidad de sus padres, sino que de él pueden derivar el derecho a tener una nacionalidad y a que sus ascendientes satisfagan sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Por un lado, se asume que lo ideal es que quienes cumplan con estas obligaciones prestacionales sean los padres biológicos, pero insistir en que esto sea así en todos los casos puede poner en peligro el desarrollo adecuado del niño o niña que requiere del cumplimiento inmediato y constante de dichas necesidades desde su nacimiento. Es por ello, entre otras razones, que el interés superior del menor, y las propias normas extrajudiciales de establecimiento de paternidad y maternidad permiten en ciertos supuestos que personas distintas a los padres biológicos o genéticos asuman la paternidad de menores y, con ello, todas las obligaciones derivadas de la paternidad sin que exista tal vínculo.[[18]](#footnote-18)

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

En un caso resuelto en 2015, la Corte determinó que, cuando se han empleado TRHA con gametos donados,[[19]](#footnote-19) lo primero que habrá que verificar es si el tratamiento se realizó en lo individual o en pareja y, después, si existió consentimiento de la persona que no aportó material genético, pues ello constituirá uno de los elementos para integrar la filiación de un hijo nacido en esta circunstancia. Lo anterior brinda a la autoridad los elementos para fijar las consecuencias jurídicas, tomando en cuenta que la mejor decisión será aquella que atienda al interés superior del menor, como su derecho a la identidad. En otro caso, la Corte estableció que la filiación constituye un derecho del hijo y que debe reconocerse el derecho de la persona a lograr el estado de familia que corresponde con su relación de sangre; sin embargo, reconoce que esta coincidencia no siempre es posible, bien por la propia realidad del supuesto de hecho o porque el ordenamiento hace prevalecer en el caso concreto otros intereses que considera jurídicamente más relevantes, como en el caso de la procreación asistida con donación de gametos.[[20]](#footnote-20)

En noviembre de 2018, la SCJN resolvió el primer asunto directamente relacionado con un acuerdo de gestación subrogada,[[21]](#footnote-21) debido a la negativa de la autoridad local a reconocer la relación filial entre una pareja del mismo sexo y un niño nacido a través de este acuerdo en el estado de Yucatán, en donde la práctica de la gestación subrogada permanece sin regulación, no se tienen reglas expresas sobre la atribución de filiación en esos casos, ni sobre los requisitos y la actuación del Registro Civil en cuanto al nacimiento y presentación de un menor de edad nacido a través de estos acuerdos. En este caso, la Corte resolvió que para el reconocimiento de la relación filial es necesario evaluar la voluntad procreacional —definida como el deseo de asumir a un hijo como propio, aunque biológicamente no lo sea— y, con ello, todas las responsabilidades derivadas de la filiación, por parte de los padres intencionales.[[22]](#footnote-22) Así, la Corte concedió el amparo para que el menor fuera registrado como hijo de los padres intencionales, al considerar que de este modo se garantiza la vigencia del derecho del niño a tener una identidad y ser inscrito en el Registro Civil; el derecho de los padres intencionales a su vida privada y a procrear mediante TRHA, y el derecho de la mujer gestante a su vida privada y libre desarrollo de la personalidad.[[23]](#footnote-23)

Es de relevancia que la SCJN haya resaltado que el elemento determinante para reconocer la relación filial es la voluntad procreacional de los padres intencionales, así como el interés superior del menor, y no así el vínculo genético o biológico. Al resolver un caso de gestación subrogada en una entidad federativa en donde la práctica permanece desregulada, la SCJN subsanó, en cierta medida, el impacto que el vacío legal produce en el ejercicio de los derechos humanos.

**Conclusiones**

Sin lugar a dudas, la gestación subrogada es un tema complejo y su importancia en las discusiones internacionales sobre derechos reproductivos continuará. En México, la ausencia de regulación a nivel federal sobre el acceso y práctica de TRHA genera incertidumbre jurídica para las partes involucradas y abre la puerta a actos arbitrarios y discriminatorios contra quienes buscan servicios de reproducción asistida. La discusión en torno a las cuestiones controvertidas de la gestación subrogada debe considerar la posibilidad de abusos ante contextos de desigualdad importante, documentados ampliamente tanto en México como en otras regiones del mundo. Sin embargo, el establecimiento de prohibiciones legales, ya sean de carácter civil o penal, lejos de eliminar la práctica y sus consecuencias, contribuye a situar a las partes en un estado de mayor vulnerabilidad. Ante el panorama existente, se requiere una regulación clara en la materia, que evite discriminar y vulnerar a las partes bajo el argumento de protegerlas, y que reconozca las diversas complejidades de la práctica.

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

Desde GIRE nos resulta seriamente preocupante la posibilidad de que desde Naciones Unidas se establezca que en todos los casos, los acuerdos de gestación subrogada constituyen venta de niños; en particular, aquellos que se efectúan con cierta remuneración para las mujeres gestantes. En este sentido, confiamos en que la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños rechace esta posición simplista sobre la problemática y tome en cuenta voces diversas involucradas en la discusión, así como la evidencia internacional sobre las consecuencias de prácticas prohibitivas, en particular sobre los derechos de los niños y niñas y las mujeres gestantes. Esperamos que al emitir su pronunciamiento, la Relatora tome en cuenta el grave riesgo de equiparar acuerdos de gestación subrogada, celebrados de manera libre y consentida, con un delito tan grave como la venta de menores, reconociendo que, lejos de resolver el problema y de proteger los intereses de los niños y niñas, una postura prohibicionista podría tener un resultado contrario al que se pretende, llevando a la criminalización de las mujeres gestantes y poniendo en riesgo la protección de los niños y niñas que nacen producto de estos acuerdos.

1. Véase capítulo de reproducción asistida en GIRE; *Niñas y mujeres sin justicia. Derechos Reproductivos en México*, 2015. Disponible en: http://gire.org.mx/wp-content/uploads/2016/07/INFORME-GIRE-2015.pdf [↑](#footnote-ref-1)
2. Sistema infomex, folio 1215100092419. [↑](#footnote-ref-2)
3. Conforme a la Ley General de Salud, la Secretaría de Salud ejerce las atribuciones de regulación, control y fomento sanitario, a través de la COFEPRIS, en lo relativo al control y vigilancia de los establecimientos de salud; el control sanitario de productos y servicios; el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes, células de seres humanos, entre otros. Por ello, por disposición de ley, los establecimientos en los que se practican procedimientos de reproducción asistida deben contar con una licencia sanitaria expedida por la COFEPRIS. [↑](#footnote-ref-3)
4. SCJN, Primera Sala, “Derecho a la vida familiar de las parejas del mismo sexo. Tesis de jurisprudencia 8/2017 (10a.)”, *Semanario Judicial de la Federación*, 27 de enero de 2017, <http://bit.ly/2jxqRVn>.

   [↑](#footnote-ref-4)
5. Véase Fulda, Isabel y Tamés, Regina, “Surrogacy in Mexico”, en Davies, Miranda, *Babies for Sale? Trasnational Surrogacy, Human Rights and The Politics of Reproduction*, Londres, Zed Books, 2017, pp. 262-275. [↑](#footnote-ref-5)
6. México ratificó el protocolo el 15 de marzo de 2002 y fue promulgado en el Diario Oficial de la Federación el 22 de abril de ese mismo año.  [↑](#footnote-ref-6)
7. ONU, *Asamblea General, Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que demuestre abusos sexuales de niños, Resolución A/HRC/37/60*, 15 de enero de 2018, p. 21, párrafo 75. Disponible en:

   http://www.un.org/en/ga/search/view\_doc.asp?symbol=A/HRC/37/60&Lang=S.  [↑](#footnote-ref-7)
8. GIRE, *La gestación subrogada en México: resultados de una mala regulación*, México, 2017, gestacion-subrogada.gire.org.mx. [↑](#footnote-ref-8)
9. Lynam, Eleanor, “Cambodia releases detained surrogates”, *BioNews*, núm. 979, 10 de diciembre de 2018, *https://www.bionews.org.uk/page\_140307.*  [↑](#footnote-ref-9)
10. Sistema infomex, folio 00320719. [↑](#footnote-ref-10)
11. Sistema infomex, folio 00319419. [↑](#footnote-ref-11)
12. Sistema infomex, folio 1215100092419. [↑](#footnote-ref-12)
13. Sistema infomex, folio 00432818. [↑](#footnote-ref-13)
14. Sistema infomex, folio 00433018. [↑](#footnote-ref-14)
15. GIRE, *La gestación subrogada en México: resultados de una mala regulación*, p. 26. [↑](#footnote-ref-15)
16. SCJN, Amparo en Revisión 129/2019. Disponible en:

    http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=250856 [↑](#footnote-ref-16)
17. 172003. 1a. CXLI/2007. Primera Sala. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXVI, Julio de 2007, Pág. 265. Disponible en: http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/172/172003.pdf [↑](#footnote-ref-17)
18. SCJN, Amparo Directo en Revisión 908/2006, resuelto por la Primera Sala en sesión de dieciocho de abril de dos mil siete por unanimidad de votos de los ministros Sergio A. Valls Hernández, Juan N. Silva Meza, Olga María Sánchez Cordero de García Villegas (Ponente) y José Ramón Cossío Díaz. [↑](#footnote-ref-18)
19. SCJN, Amparo Directo en Revisión 2766/2015, 12 de julio de 2017, Unanimidad de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien reservó su derecho a formular voto concurrente, José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho a formular voto concurrente, Jorge Mario Pardo Rebolledo y Norma Lucía Piña Hernández. Ausente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Norma Lucía Piña Hernández. Secretario: Daniel Álvarez Toledo. [↑](#footnote-ref-19)
20. Tesis aislada 1a. CCCXXI/2014 (10a.) emitida por la Primera Sala de rubro “FILIACIÓN. ALCANCES Y LÍMITES DEL PRINCIPIO DE VERDAD BIOLÓGICA”, consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro 10, septiembre de 2014, tomo I, pág. 577. [↑](#footnote-ref-20)
21. Amparo en Revisión 553/2018, 21 de noviembre de 2018, unanimidad de cinco votos, Ministro Ponente: José Ramón Cossío Díaz, Secretaria: Mónica Cacho Maldonado. [↑](#footnote-ref-21)
22. Tesis 1a. LXXVIII/2018 (10a.) emitida por la Primera Sala, de rubro “VOLUNTAD PROCREACIONAL. CONSTITUYE UN FACTOR DETERMINANTE EN LA FILIACIÓN DE UN NIÑO O UNA NIÑA QUE NACIÓ BAJO UN PROCEDIMIENTO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA”, consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro 55, junio de 2018, Tomo II. [↑](#footnote-ref-22)
23. Comunicado SCJN, 150/2018, PRIMERA SALA RECONOCE EL DERECHO DE UNA PAREJA HOMOSEXUAL A CONVERTIRSE EN PADRES POR TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA, *http://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/comunicado.asp?id=5795* [↑](#footnote-ref-23)