

CAPITULO SÉPTIMO

LA FECUNDACIÓN ASISTIDA EN MÉXICO

I. PANORAMA EN LA REGIÓN

En el panorama latinoamericano las posiciones para determinar el comienzo de la vida y, por tanto, a partir de qué momento es deber del Estado protegerla, han estado claramente definidas. La posición de la Iglesia católica¹²⁴ ha sido tajante: “La vida humana ha de ser tenida como sagrada porque desde su inicio es fruto de la acción creadora de Dios y nadie en ninguna circunstancia puede atribuirse el derecho de matar de modo directo a un ser humano inocente”.¹²⁵ Esta premisa conduce a la conclusión de que la vida humana debe ser respetada y protegida de manera absoluta desde el momento de la concepción.¹²⁶ Pero, además, la Iglesia prescribe que “los derechos inalienables de la persona deben ser reconocidos y respetados no solo por los creyentes sino también por parte de la sociedad civil y la autoridad política”.¹²⁷

¹²⁴ Para conocer la posición de la Iglesia protestante y judía consultar Mendoza, Héctor, *La reproducción humana asistida. Un análisis desde la perspectiva biojurídica*, México, Universidad Autónoma de Nuevo León-Fontamara, 2001.

¹²⁵ Congregación para la Doctrina de la Fe, “Instrucción *donum vitae* sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación”, *Las enseñanzas del magisterio*, Ciudad del Vaticano, 22 de febrero de 1987, Introducción, punto 5, disponible en: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html.

¹²⁶ Desde el primer momento de su existencia el ser humano debe ver reconocidos sus derechos de persona, entre los cuales está el derecho inviolable de todo ser inocente a la vida, 2273 2.

¹²⁷ Juan Pablo II *et al.*, “Catecismo de la Iglesia católica”, *Teología moral*, Ciudad del Vaticano, 2a. ed., agosto de 1997, tercera parte La vida en Cristo,

La posición de la Iglesia católica en temas reproductivos es apreciable a partir de la IV Conferencia General de Episcopado Latinoamericano.¹²⁸ El entonces Papa Juan Pablo II sentó las bases de una ideología y estrategia dirigidas concretamente a los gobiernos y partidos políticos afines ideológicamente con la Iglesia católica para que éstos impulsen iniciativas de leyes acordes a los principios de la fe católica y detengan, por el contrario, las que son adversas.¹²⁹ Lamentablemente en América Latina estas posiciones tienen una presencia política muy fuerte y dominan las políticas públicas y la legislación con la pretensión de regir la vida no sólo de sus fieles sino también de toda la población.¹³⁰ Costa Rica ha sido un ejemplo de la observancia de esas políticas conservadoras, pues tardó varios años en acatar, hasta 2017, la resolución de la Corte IDH.

En contrapunto, la perspectiva liberal fundada en posiciones científicas ha mostrado una gran vitalidad para defender la consideración que se debe al embrión durante su desarrollo y en especial antes de implantarse en el útero. Alonso Bedate sostiene que el cigoto sólo es potencia en términos de información genética, pero si no entran en juego otros elementos ontogénicos, la potencia del cigoto no se desarrolla.¹³¹ En el mismo sentido, Julia-

segunda sección *Los diez mandamientos*, capítulo segundo Amarás a tu prójimo como a ti mismo, artículo 5o., El quinto mandamiento, disponible en: http://www.vatican.va/archive/catechism_sp/p3s2c2a5_sp.html.

¹²⁸ 12 de octubre de 1992.

¹²⁹ Miyares, Alicia, “Derechos sexuales y reproductivos en América Latina”, *Pensamiento iberoamericano, feminismo, género e igualdad*, Madrid, 2a. época, núm. 9, septiembre de 2011.

¹³⁰ Luna, Florencia, *op. cit.*, p. 38. Jorge Carpizo expresó: “No existe duda alguna de que una de las regiones más atrasadas, si no es la que más en el reconocimiento de los derechos reproductivos de la mujer es América Latina, debido entre otros factores a una fuerte influencia de la Iglesia Católica.”, Carpizo, Jorge y Valadés, Diego, *op. cit.*, p. 14.

¹³¹ La potencia está definida solamente en términos de información. Esta tiene que ser decodificada, traducida a través de los procesos de síntesis que supone la incorporación de nuevos materiales al elemento que es la potencia. Traducido esto al ser humano diríamos que el desarrollo de la potencialidad de

na González sostiene que el embrión en estado preimplantatorio no constituye más que una vida potencial a la que si se deja sola morirá, aun cuando contenga la herencia genética humana.¹³² Desde el punto de vista científico, Ricardo Tapia sostiene que el ser humano, la persona, es el resultado del desarrollo ontogénico cuando éste alcanza la etapa de autonomía fisiológica y, en su concepto, mientras no se desarrolle la corteza cerebral no se puede hablar de vida humana —aunque por supuesto hay vida—.¹³³

Si bien las opuestas argumentaciones sobre el inicio de la vida y de la personalidad del cigoto no logran el consenso general, la libertad reproductiva ha ganado posición. Actualmente existe una mayor aceptación de la autonomía de las personas para tomar decisiones sobre el número y espaciamiento de sus hijos, incluidos la admisión de métodos alternativos de procreación y el acceso sin discriminación alguna a las nuevas formas de tecnología de reproducción.¹³⁴ Esta tendencia ha penetrado en el Continente Americano, tanto en aquellos países con gobiernos de preferencias liberales como en los de tendencias conservadoras.

Cada Estado del Continente Americano, de una manera más abierta o más restringida, permite la realización de varias TRA incluida la FIV; sin embargo, la tendencia entre los países es la falta de leyes sistemáticas que las disciplinen y este es un mal que aqueja a la región. En la mayoría de los Estados, como Roberto

la realidad biológica del cigoto únicamente se traducirá en una persona si las informaciones contenidas en el cigoto se suman a una serie de informaciones procedentes de moléculas exógenas, nutrientes y hormonas del útero materno. Citado por Mejía, Consuelo, “El dilema ético en el tema del aborto. Reflexiones éticas sobre el derecho a decidir”, *Conciencia Latinoamericana*, México, vol. XIX, núm.18, julio de 2011, p. 28.

¹³² González, Juliana, “Embrión humano y dignidad humana”, en Brena, Ingrid (coord.), *Células troncales...*, cit., pp. 55-75.

¹³³ Tapia, Ricardo, “La formación de la persona durante el desarrollo intrauterino desde el punto de vista de la neurobiología”, en *Conciencia Latinoamericana*, México, vol. XVII, núm.16, abril 2009, p. 23- 25.

¹³⁴ Vázquez, Rodolfo, “La cuestión del embrión y algunos de los problemas de la bioética”, en Pérez Tamayo, Ruy *et al.* (coords.), *La construcción de la Bioética*, México, Fondo de Cultura Económica, Textos de Bioética, 2007, vol.1, p. 36.

Andorno señala, solo existen algunos principios generales aplicables a la reproducción asistida que figuran en los códigos civiles, penales o leyes sanitarias.¹³⁵

II. INFERTILIDAD EN MÉXICO

En cuanto a nuestro país, el incremento mundial de la infertilidad se ha visto reflejado de manera significativa en la sociedad. Algunos estudios estiman hasta en millón y medio a las parejas que padecen algún tipo de infertilidad. El Instituto Nacional de Perinatología “Isidro Espinosa de los Reyes” menciona haber atendido y proporcionado abundantes tratamientos contra este procedimiento.¹³⁶ Otros hospitales públicos dependientes de IMSS y del ISSTE atienden casos de infertilidad y también son numerosos los casos atendidos en clínicas particulares.¹³⁷

La magnitud de los casos atendidos en México convierte al problema de la infertilidad en uno de salud pública. Afortunadamente la opción de acudir a la reproducción asistida es, en la mayoría de los casos, la solución; además, debemos tomar en cuenta a aquellas personas que acuden a las TRA por motivos distintos a la infertilidad, pero que igual están interesadas en ejercer sus derechos reproductivos.

Según datos de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (Cofepris), a pesar de la falta de regulación sobre reproducción asistida, en México existen actualmen-

¹³⁵ Andorno, Roberto, “Técnicas de procreación asistida”, en Brena Sesma, Ingrid y Teboul, Gérard (coords.), *Hacia un instrumento regional interamericano sobre bioética. Experiencias y expectativas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 195-211.

¹³⁶ 48,149 personas durante el periodo de 2006 a junio de 2012 y en 2017 5,364 según información proporcionada por el Instituto Nacional de Perinatología.

¹³⁷ No se pudieron obtener cifras ni aproximadas de los casos de infertilidad atendidos a pesar de que se formularon consultas a varias instituciones, pues éstas no fueron contestadas.

te 52 centros autorizados para realizar TRA.¹³⁸ Estos datos nos permiten confirmar que varios procedimientos de reproducción asistida se están llevando a cabo en un número considerable de centros, con la posibilidad abierta —pues no existe regulación suficiente— para que quienes los desarrollan actúen sin proteger los intereses de todos los involucrados y en ocasiones sin respetar algunos de sus derechos humanos.

III. LEGISLACIÓN ACTUAL

1. *La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*

En México el artículo 4o. de la CPEUM establece que todas las personas tienen el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada el número de hijos que desean tener y el espaciamiento entre ellos. La norma no distingue entre una reproducción por vía coital o por la no coital, es decir, si ésta es consecuencia de un proceso natural o si para lograrla se utilizan TRA, el derecho es el mismo, pero habrá de ejercitarse de distinta manera.

Como hemos concluido en el primer capítulo de este libro, el derecho a la reproducción es considerado como una expresión de la dignidad humana y del libre desarrollo de su personalidad. En caso de que las personas opten por una reproducción no sexual, ese derecho se concreta en la posibilidad de acceder y beneficiarse de los avances científicos en materia de reproducción asistida.

La norma jurídica es la vía indicada para proteger la autonomía reproductiva de quienes decidan participar en procedimientos de reproducción asistida de intromisiones no deseadas y a esa misma norma corresponde establecer los controles y las limitaciones necesarias para evitar daños no deseados.

¹³⁸ Datos obtenidos de la publicación GIRE, *Omisión e indiferencia. Derechos reproductivos en México*, México, Grupo de Información en Reproducción Elegida, 2013, disponible en: <http://informe.gire.org.mx/>.

Por otra parte, el mismo artículo 4o. constitucional en su párrafo tercero expresa: “Toda persona tiene derecho a la protección de su salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud...”. La vinculación entre infertilidad y salud ya ha sido analizada en capítulos anteriores, por ahora, sólo insistimos en que corresponde al Estado atender los problemas de infertilidad en vista de que éstos, por su magnitud e importancia, se han convertido en un asunto que requiere de una política pública.

2. *Legislación sanitaria*

En desarrollo del mandato del 4o. constitucional, la Ley General de Salud define las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud. El artículo 68 de esta Ley regula el apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología. Los servicios de planificación familiar comprenden: el apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana.¹³⁹ Además, el Reglamento de la Ley General en Materia de Investigación para la Salud derivado de la Ley General de Salud regula algunos aspectos de fertilización asistida.

Este Reglamento define a la técnica como “aquella en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización *in vitro*”.¹⁴⁰ Para la práctica de una fertilización asistida, el Reglamento exige la presentación de una carta de consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario, firmada tras haber recibido información de los riesgos posibles para el embrión, feto o recién nacido. El consentimiento del cón-

¹³⁹ Artículo 68, fracción IV, de la Ley General de Salud.

¹⁴⁰ Artículo 40, fracción XI, del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.

yuge o concubinario sólo podrá dispensarse en caso de incapacidad o imposibilidad fehaciente o manifiesta para proporcionarlo; porque el concubinario no se haga cargo de la mujer o, bien, cuando exista riesgo inminente para la salud o la vida de la mujer, embrión, feto o recién nacido.¹⁴¹

Conforme a esta disposición la mujer sola, sin cónyuge o concubinario (“que se haga cargo de ella”) no tendría acceso a la fertilización asistida. Podríamos encontrar el fundamento de este precepto en una intención protectora hacia la mujer, pero esta defensa no solicitada implica un desconocimiento de su autonomía. Si ella no depende de un hombre o éste no quiere acceder a la reproducción asistida, según este precepto, no podrá ejercer su derecho a la reproducción.

El mismo Reglamento expresa:

La investigación sobre fertilización asistida sólo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja, aun si éste difiere con el del investigador.¹⁴²

Conforme a la redacción de este precepto, las personas sin problema de esterilidad carecen de la posibilidad de acceder a la reproducción asistida. Esta disposición tan tajante deja fuera a quienes opten por acudir a las modernas tecnologías en busca de una progenie libre de determinadas enfermedades genéticas y también excluye a personas sin pareja o parejas de personas del mismo sexo que toman la decisión de tener hijos. La exclusión de todas estas personas sin una razón justificada implica que este precepto pueda ser considerado francamente discriminatorio.

¹⁴¹ Artículo 43 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.

¹⁴² Artículo 56 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.

3. *Legislación penal de la Ciudad de México*

Además de la legislación sanitaria federal, la legislación penal de la Ciudad de México también hace referencia a la fertilización asistida,¹⁴³ sin embargo, conviene aclarar que el Código Penal de esta entidad no la regula,¹⁴⁴ sólo se limita a sancionar algunas conductas relacionadas con ella que son tipificadas como delitos bajo los términos que a continuación se mencionan:

Establece sanciones a quien disponga de óvulos o espermatozoides para fines distintos a los autorizados por sus donantes;¹⁴⁵ a quien, sin consentimiento de una mujer mayor de dieciocho años,¹⁴⁶ o aún con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, realice en ella inseminación artificial, y a quien implante a mujer mayor de dieciocho años un óvulo fecundado, cuando hubiere utilizado para ello un óvulo ajeno o espermatozoides de donante no autorizado, sin el consentimiento expreso de la paciente o del donante o con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el hecho o para resistirlo.¹⁴⁷

El mismo Código también tipifica como delito la manipulación de genes humanos de manera que se altere el genotipo, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de enfermedades graves o taras y sanciona a quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto al de la procreación humana, y creen

¹⁴³ Fertilización y fecundación son considerados como términos sinónimos.

¹⁴⁴ Para más información sobre el tema consultar Brena, Ingrid, “Comentarios al título segundo del Código Penal para el Distrito Federal: procreación asistida, inseminación artificial y manipulación genética”, en García Ramírez, Sergio e Isla de González, Olga (coords.), *Análisis del nuevo Código Penal para el Distrito Federal. Terceras Jornadas sobre Justicia Penal Fernando Castellanos Tena*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 243-250.

¹⁴⁵ Artículo 149 del Código Penal para el Distrito Federal.

¹⁴⁶ *Ibidem*, artículo 150.

¹⁴⁷ *Ibidem*, artículo 151.

seres humanos por clonación o realicen procedimientos de ingeniería genética con fines ilícitos.¹⁴⁸

4. *Legislación civil*

Son varias entidades federativas las que se refieren a la reproducción asistida por los efectos de filiación que ésta genera. A modo de ejemplo cito el Código Civil para el Distrito Federal, el cual expresa: “Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como el empleo, en los términos que señala la ley, de cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia”.¹⁴⁹ Este texto es un reconocimiento explícito y muy amplio para que las personas puedan utilizar las TRA. En cambio, en una posición totalmente conservadora, el Código Civil de Coahuila establece en su artículo 95: “El óvulo fecundado corpórea o extracorpóreamente, cualquiera que sea su grado de desarrollo, merece la protección de este código y las leyes otorgan a la vida humana inherente a las personas concebidas”. Por otra parte, el artículo 239 del Código Familiar de San Luis Potosí establece: “Podrán ser destinatarios de las técnicas de reproducción asistida quienes se encuentren unidos en matrimonio o concubinato y derivado de cuestiones de esterilidad o infertilidad, así diagnosticada...”. Más avanzados, Tabasco y Sinaloa regulan la gestación subrogada como un supuesto de la filiación en sus códigos civiles.

Ante la escasa legislación sanitaria, una regulación penal sancionadora vigente sólo en la CDMX, y unas referencias en las legislaciones civiles estatales, podemos afirmar que la reglamen-

¹⁴⁸ *Ibidem*, artículo 154. Para obtener más información sobre la regulación penal en el Código Penal para el Distrito Federal consultar Brena Sesma, Ingrid, “Procreación asistida e inseminación artificial y manipulación genética en el Código Penal del Distrito Federal”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, México, núm. 20, enero-junio de 2004.

¹⁴⁹ Artículo 162 del Código Civil para el Distrito Federal.

tación de la fecundación asistida resulta a todas luces insuficiente. Esta carencia es una muestra del rezago del Estado mexicano frente a su obligación de actuar en protección de los derechos humanos del creciente número de personas que por cualquier causa decidan acceder a la fecundación asistida.

IV. INICIATIVAS DE LEY PRESENTADAS EN EL CONGRESO DE LA UNIÓN

Si la regulación en la legislación mexicana es escasa no es por falta de iniciativas para normar la fecundación asistida sino por ausencia de acuerdos en las cámaras legislativas. Las discusiones sobre reproducción asistida se han empantanado en debates interminables entre las distintas corrientes interesadas en el tema.

Cada uno de los principales partidos políticos ha presentado una o varias iniciativas tanto ante el Senado de la República como ante la Cámara de Diputados, sin que, hasta la fecha, se haya obtenido ninguna aprobación.

El Grupo Reproducción Elegida, GIRE, realizó una evaluación sobre las iniciativas legislativas.¹⁵⁰ El estudio abarca el periodo comprendido entre abril de 2008 y diciembre de 2012. En ese lapso se presentaron ante el Congreso de la Unión por lo menos ocho iniciativas para reformar la Ley General de Salud o para crear leyes específicas: la Ley de Reproducción Humana Asistida y la Ley Federal de Subrogación Gestacional.

A todas las iniciativas de corte conservador presentadas se les pueden señalar graves deficiencias. En principio, el uso indistinto de los términos concepción y fertilización con el mismo significado a pesar de su probada diferencia en la sentencia *Artavia Murillo*. La prohibición a la criopreservación de óvulos fecundados o la autorización para fecundar limitada a un solo óvulo traerían como consecuencia poner en serio riesgo la efectividad del procedimiento. Estas iniciativas insistieron en el reconocimiento de la

¹⁵⁰ GIRE, *op. cit.*

personalidad jurídica de los embriones y pretendieron impedir el acceso a las TRA a personas solteras y a parejas del mismo sexo. Bajo estas premisas cualquier avance legislativo de regular la reproducción asistida podría ser declarado inconstitucional.

Caso aparte es la iniciativa presentada por la senadora María de los Ángeles Moreno en julio de 2011, la cual incluye como sujetos de las TRA a las personas y no a las parejas, es decir, no se requiere estar casado o vivir en pareja para acceder a la nueva tecnología; además, la propuesta incluye la posibilidad de crioconservar material genético.

Las iniciativas para regular la gestación subrogada han ido más lejos. El noviembre de 2010 una Ley de Gestación Subrogada fue aprobada por la Asamblea Legislativa del entonces Distrito Federal, sin embargo, nunca fue publicada. El Ejecutivo envió comentarios a la iniciativa en septiembre de 2011, mismos que fueron discutidos, pero no aprobados.

Actualmente se encuentra en revisión en la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados una minuta en materia de Reproducción Humana Asistida, dictaminada por las Comisiones Unidas de Salud, Derechos Humanos y Estudios Legislativos del Senado y aprobada por el pleno de la misma Cámara el 28 de abril de 2016. La minuta propone reformar la Ley General de Salud para regular la reproducción humana asistida como materia federal bajo control de la Secretaría de Salud federal.

El dictamen propone el establecimiento de un Registro Nacional de Reproducción Asistida que sería de gran utilidad para concentrar información estadística sobre los centros que realizan procedimientos vinculados con la reproducción humana y bajo qué condiciones lo hacen. Sin embargo, algunas propuestas como exigir que quienes pretendan acceder a las TRA deben contar con una indicación médica, excluirían a quienes lo intenten por razones de soltería o de homosexualidad.

Sin tomar en cuenta esa minuta, en septiembre de 2016 la Cámara de Diputados emitió un dictamen propio sobre Reproducción Humana Asistida y Gestación subrogada. Este docu-

mento presenta problemas adicionales al no proteger los derechos humanos de quienes intenten acceder a las prácticas. Sería recomendable que los diputados se asesoraran con expertos en el tema y que tuvieran acceso a las distintas resoluciones del Sistema Interamericano de Justicia para que el asunto no quedara, de nuevo, en el limbo legislativo.

V. JURISPRUDENCIA

Citamos algunas de las resoluciones emitidas en relación con el derecho a acceder a las TRA en México.

1. *Derecho a la vida familiar de las parejas del mismo sexo*

El 18 de enero de 2017, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación aprobó la tesis 8/2017 (10a.), con el mismo rubro de este apartado. Este criterio jurisprudencial se conformó en virtud de cinco amparos en revisión resueltos en el mismo sentido, en el tiempo transcurrido entre diciembre de 2012 y marzo de 2015:

A partir de las consideraciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la similitud entre las parejas homosexuales y heterosexuales en cuanto a su capacidad de desarrollar una vida familiar, la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación entiende que la vida familiar entre personas del mismo sexo no se limita únicamente a la vida en pareja, sino que puede extenderse a la procreación y a la crianza de niños y niñas según la decisión de los padres. Así, existen parejas del mismo sexo que hacen vida familiar con niños y niñas procreados o adoptados por alguno de ellos, o parejas que utilizan los medios derivados de los avances científicos para procrear.¹⁵¹

¹⁵¹ Tesis: 1a./J. 8/2017 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, enero de 2017, p. 127.

Esta jurisprudencia atiende a la capacidad de las parejas homosexuales para hacer vida familiar utilizando los avances científicos encaminados a la procreación.

2. *Constitucionalidad de los requisitos para ingresar al servicio de reproducción asistida brindados por el ISSSTE, a la luz de los principios de igualdad y no discriminación*

Una mujer, a quien se le negó el ingreso a Programa Integral de Reproducción Asistida del Centro Médico Nacional 20 de Noviembre bajo el argumento de no cumplir los criterios de ingreso, presentó el caso antes diversas autoridades judiciales hasta que llegó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El tema principal fue la “Constitucionalidad de los requisitos para ingresar al servicio de reproducción asistida brindados por el ISSSTE, a la luz de los principios de igualdad y no discriminación”.¹⁵²

Los criterios elaborados por el Centro Médico eran: *a)* edad límite de los pacientes: femenina 35 años, masculino 55 años; *b)* sólo parejas constituidas legalmente, en matrimonio o concubinato; *c)* que los pacientes no tuvieran ningún o un hijo; *d)* que las parejas no tuvieran anomalías genéticas heredables a los hijos; *e)* que los pacientes, cuando presentaran alguna enfermedad concomitante, se realizaran una consulta preconcepcional para evaluar el riesgo potencial del embarazo.

Después de su análisis, la Segunda Sala concluyó que los criterios del límite de la edad, incluir sólo a parejas constituidas legalmente y excluir a las parejas con anomalías genéticas heredables a sus hijos, fueron violatorios de derechos y, por tanto, no debían ser aplicados a la esfera jurídica de la quejosa.

Este criterio fue un avance significativo en el reconocimiento de derechos reproductivos vinculados a las TRA y concuerda

¹⁵² Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ministro ponente Eduardo Medina Mora, *amparo en revisión 619/2017*, 29 de noviembre de 2017, pp. 10 y ss.

con los criterios del Informe y de la sentencia *Artavia Murillo* y da muestra de un Poder Judicial al tanto de las resoluciones tanto de la Comisión IDH como de la Corte IDH, atenta a la información científica sobre reproducción humana y pronta a proteger los derechos de quienes en uso de su autonomía deciden acceder a las TRA.

Desafortunadamente el avance logrado resulta insuficiente para la sociedad, toda vez que los fallos de la Suprema Corte son aplicados únicamente a la esfera jurídica de quienes promueven la intervención judicial y no al total de la población. Sin legislación adecuada y protectora de los derechos relacionados con la fecundación asistida, un número considerable de personas continuarán desprotegidas y los casos que lleguen a los tribunales irán multiplicándose.

VI. EFECTOS VINCULANTES DE LA SENTENCIA *ARTAVIA MURILLO* PARA MÉXICO

Ya en un capítulo anterior quedó probada la fuerza normativa de la Convención ADH, de sus protocolos y de la interpretación que de ella realice la Corte IDH, considerada el único órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos e intérprete último y definitivo de dicho pacto. La exégesis emprendida por el tribunal interamericano en el caso *Artavia Murillo* adquirió la misma eficacia que posee la Convención¹⁵³ y, por lo tanto, se convirtió en obligatoria para México, como Estado firmante.

La interpretación de la Convención ADH realizada por la Corte en el caso *Artavia Murillo* se proyectó hacia dos dimensiones. La primera, lograr la eficacia en el caso particular con efectos subjetivos para Costa Rica. A partir de sus conclusiones, la Corte condenó al Estado a tomar las medidas necesarias para dejar sin

¹⁵³ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, p. 394.

efecto la prohibición decretada y le exigió regular a la brevedad aquellos aspectos que considerara necesarios para la implementación de la FIV y el establecimiento de sistemas de control de calidad para las instituciones y profesionales que la desarrollen.

La segunda dimensión que proyecta la sentencia es la de establecer la eficacia general con efecto de la norma interpretada hacia los Estados que son parte de la Convención ADH. La sentencia *Artavia Murillo* interpretó varios derechos humanos consagrados en la Convención relacionados con la fecundación asistida: derecho a la autonomía, privacidad, fundar una familia, no discriminación y, en forma especial, interpretó el término “concepción” y la explicación de cómo debe entenderse la frase “y en general desde el momento de la concepción”, referida a la protección de la vida, mencionada en el artículo 4.1 de la Convención ADH.¹⁵⁴

México se adhirió a la Convención¹⁵⁵ y en 1999 reconoció la competencia de la Corte,¹⁵⁶ con lo que se obligó a aceptar las interpretaciones o aplicaciones de la Convención. Bajo este orden de ideas, la interpretación que la Corte formuló respecto a los

¹⁵⁴ En relación al tema concreto del término “concepción”, vale la pena recordar que, al firmar la Convención ADH, nuestro país presentó una reserva respecto a una declaración interpretativa: “Declaración interpretativa: Con respecto al párrafo 1o. del artículo 4 considera que la expresión ‘en general’ usada en el citado párrafo no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida ‘a partir del momento de la concepción’, ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados”. Desde luego, la reserva no tuvo como fin favorecer a la fecundación *in vitro*, la cual no se practicaba al momento de redactarse la Convención, sino dejar abierta la posibilidad para que México pudiera regular en materia de aborto.

¹⁵⁵ Este reconocimiento fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de febrero de 1999.

¹⁵⁶ Artículo 62 de la Convención ADH para la protección de los derechos humanos: “Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención”.

derechos humanos vinculados a la FIV —en especial al término “concepción” y la aclaración respecto al significado de la expresión “y en general”, que también es una interpretación— son obligatorias en la jurisdicción mexicana.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor, juez de la Corte IDH, hace notar que, además del control de convencionalidad “concentrado” —que corresponde a la Corte y que constituye su razón de ser— otro, el control “difuso”, debe realizarse por los jueces y órganos de administración de justicia nacionales de los Estados que han suscrito o se han adherido a la Corte, y con mayor intensidad a los que han aceptado la jurisdicción de ésta.¹⁵⁷ Es decir, los jueces nacionales tienen la obligación, además de aplicar su ley nacional, de realizar una interpretación convencional para verificar si dichas leyes en un caso particular resultan compatibles con la Convención. Así, los jueces nacionales se convierten en guardianes de la Convención, pero también de las interpretaciones que de la misma haga la Corte.¹⁵⁸

Eduardo Ferrer menciona que el juez nacional debe aplicar la jurisprudencia convencional, incluso la que se crea en aquellos asuntos donde no sea parte el Estado nacional al que pertenece ya que lo que define la integración de la jurisprudencia de la Corte es la interpretación que ese tribunal interamericano realiza del *corpus juris* interamericano con la finalidad de crear un estándar en la región sobre su aplicabilidad y efectividad. Respecto a este tipo de control, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió la siguiente jurisprudencia:

JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA.

¹⁵⁷ Corresponde al juez mexicano el control difuso de convencionalidad. Nos explica Eduardo Ferrer que éste consiste en el deber de los jueces nacionales de realizar un examen de compatibilidad entre actos, normas nacionales, la Convención ADH, sus protocolos adicionales y sus jurisprudencias. Ferrer Mac-Gregor, *op. cit.*, pp. 339, 430 y ss.

¹⁵⁸ *Idem.*

Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1o. constitucional, pues el principio pro persona obliga a los jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.¹⁵⁹

Esta jurisprudencia fija el control de convencionalidad que corresponde a los jueces ejercer respecto a los criterios jurisprudenciales de la Corte como una extensión de la Convención ADH, con efectos vinculantes, independientemente de que el Estado Mexicano no haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, situación en la que nos encontramos con respecto a la sentencia *Artavia Murillo* dirigida al Estado de Costa Rica.

El principal factor para el cumplimiento de las resoluciones del Tribunal interamericano en el orden jurídico interno mexicano es la recepción. Sergio García Ramírez señala que el movimiento de recepción corre por múltiples vías: modificaciones

¹⁵⁹ Criterios obligatorios de la contradicción de tesis 293/2011, tesis: P./J. 21/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 5, t. I, abril de 2014, p. 202, disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?id=2006225&Clase=DetalleTesisBL>.

constitucionales, leyes internas de implementación, decisiones jurisdiccionales, políticas públicas y admisión cultural.¹⁶⁰ De manera que cualquiera de los diferentes Poderes o de los órdenes de gobierno que pretenda legislar, aplicar o resolver cualquier asunto relacionado con la fecundación asistida o con la vida prenatal encontrará un material riquísimo sobre los derechos humanos vinculados a la FIV que están protegidos tanto por la CPEUM como por la Convención ADH para la protección de los derechos humanos.¹⁶¹ En este sentido, Eduardo Ferrer explica que la obligación de cumplimiento del derecho convencional es vinculante para todas las autoridades y órganos nacionales, con independencia de su pertenencia a los poderes Legislativo, Ejecutivo o Judicial, toda vez que el Estado responde en su conjunto y adquiere responsabilidad internacional ante el incumplimiento de los instrumentos internacionales que ha asumido¹⁶² y, como señala Manuel Becerra, el control de convencionalidad que se ejerza fortalecerá la recepción, además dará oportunidad al sistema interno de expandirse con base en las interpretaciones de la Convención realizadas por la Corte.¹⁶³

Esta vinculación se extiende, en términos del artículo 133,¹⁶⁴ a los jueces de cada entidad federativa a pesar de las disposiciones en contrario que pudieran contener sus Constituciones o leyes. En

¹⁶⁰ García Ramírez, Sergio y Zanghi, Claudio, “Las jurisdicciones regionales de derechos humanos y las reparaciones y efectos de las sentencias”, en Canosa Usera, Raúl *et al.* (coords.), *El diálogo entre los Sistemas Europeos y Americanos de Derechos Humanos*, 2a. ed., Lima, Thompson Reuters, 2015, pp. 484 y ss.

¹⁶¹ Artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁶² Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, p. 394.

¹⁶³ Becerra, Manuel, *El control de la aplicación del derecho internacional en el marco del Estado de Derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 144.

¹⁶⁴ Artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, además de reconocer que “los tratados que estén de acuerdo con la Constitución celebrados por el Ejecutivo y aprobados por el Senado serán Ley Suprema de toda la Unión, refiere que los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a... los tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas”.

el mismo sentido, el artículo 28 de la Convención ADH¹⁶⁵ prescribe que el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.

Sin embargo, y a pesar de las disposiciones tanto de la Convención ADH como de nuestra CPEUM, actualmente las constituciones de 17 estados de la República contienen cláusulas de protección de la vida prenatal, que van desde la protección general hasta la dotación de personalidad jurídica al embrión.¹⁶⁶ Al respecto, Rebeca Antonia Ramos Duarte, integrante de GIRE, opina que en esas entidades federativas todas las autoridades, incluidas las jurisdiccionales, administrativas y legislativas, tienen la obligación de proteger la vida prenatal de conformidad con la jurisprudencia de la Corte IDH establecida en la sentencia del caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, es decir, a través del respeto irrestricto de los derechos reproductivos de las mujeres.¹⁶⁷ Pero ni la Convención ADH ni la CPEUM ni la doctrina han logrado ese respeto ni se ha emitido regulación alguna sobre la fecundación asistida.

¹⁶⁵ “Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención”.

¹⁶⁶ Para más detalles véase Tamés, Regina, *op. cit.*, pp. 35-37, 43-48 y 52-53.

¹⁶⁷ Ramos Duarte, Rebeca Antonia, “La protección de la vida prenatal en México”, en Medina Arellano, María de Jesús *et al.* (coords.), *Bioética laica, vida, muerte, género, reproducción y familia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, p. 324.