

Acción de Inconstitucionalidad 16/2016

Ministra Ponente: Norma Lucía Piña Hernández

Secretarios de Estudio y Cuenta: Daniel Álvarez Toledo

y Natalia Reyes Heróles Scharrer

Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

"ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE DIVERSAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO CIVIL DE TABASCO RELACIONADAS CON LA GESTACIÓN SUBROGADA"

En febrero de 2016, la Procuraduría General de la República (PGR) promovió acción de inconstitucionalidad en contra de los Poderes Ejecutivo y Legislativo del Estado de Tabasco, en el que señaló como preceptos impugnados los artículos 380 Bis; 380 Bis 3, párrafos cuarto, quinto y sexto; todos del Código Civil para el Estado de Tabasco, adicionados mediante Decreto 265, publicado en el *Periódico Oficial* de esa entidad federativa el 13 de enero de 2016.

NORMAS IMPUGNADAS

Código Civil para el Estado de Tabasco

ARTÍCULO 380 Bis. Concepto de Reproducción Humana Asistida

Se entiende por reproducción humana asistida, el conjunto de prácticas clínicas y biológicas para la creación de un nuevo ser humano, logrado mediante técnicas científicamente acreditadas y autorizadas por la legislación en materia de salud, realizadas con la intervención de personal de la salud, constituidas por métodos de fertilización de células germinales, gametos de uno o ambos sexos, además de la reproducción de cigotos y embriones, que permitan la procreación fuera del proceso biológico natural de la pareja infértil o estéril.

Se permite a los cónyuges o concubinos la inseminación o fecundación homóloga y heteróloga. Se entiende por fecundación homóloga aquella en la que los gametos son aportados por ambos cónyuges o concubinos; y por fecundación heteróloga, aquella en que uno de los gametos es donado por un tercero y el otro gameto es aportado por uno de los cónyuges o concubinos.

Sólo será válido el consentimiento expresado en vida por algún cónyuge o por algún concubino, con las formalidades que este Código exige, para los efectos de que sus gametos puedan ser utilizados después de su muerte en un procedimiento de inseminación.

ARTÍCULO 380 Bis 3. Condición de la Gestante

[...]

La gestante, para poder celebrar contrato de gestación, deberá acreditar, mediante dictamen médico expedido por institución oficial de salud, que no estuvo embarazada durante los trescientos sesenta y cinco días previos a la implantación de la mórula y que no ha participado en más de dos ocasiones consecutivas en dicho procedimiento; lo que no impediría que pueda donar el óvulo para la fecundación *in vitro* o portar al producto fecundado en su vientre mediando conocimiento del cónyuge o concubino.

En caso de que la gestante sustituta o su cónyuge demanden la paternidad o maternidad, solamente podrán recibir, previo reconocimiento de su cónyuge, la custodia del producto de la inseminación, únicamente cuando se acredite la incapacidad o muerte de la madre o padre contratantes.

La voluntad que manifiesten las partes para la realización del contrato de gestación deberá constar de manera indubitable y expresa. Los derechos y obligaciones que de él emanen son personalísimos, no habiendo lugar a la representación legal; no obstante las partes podrán ser asesoradas por sus abogados, si así lo requieren. El contrato de gestación lo firmarán la madre y el padre contratantes con la gestante y, si fuera el caso, su cónyuge o concubino, así como un intérprete, de ser necesario, debiendo quedar asentados el lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento. El contrato deberá ser firmado ante notario público, quien estará obligado a exigir de los contratantes la presentación del dictamen médico que demuestre el cumplimiento de los requisitos y condiciones señalados en los párrafos primero a cuarto de este artículo.

[...]

CONCEPTOS DE INVALIDEZ

- a) En esencia, la PGR hizo valer la inconstitucionalidad del artículo 380 Bis del Código Civil para el Estado de Tabasco, por incompetencia de la legislatura local para regular cuestiones de salubridad general, lo cual viola los artículos 73, fracción XVI; 4o., párrafo cuarto y 133; en relación con los diversos 14, párrafo segundo y 16, párrafo primero, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que regula cuestiones respecto de las cuales el Congreso de la Unión tiene la facultad exclusiva.

- b) Sostiene que el artículo 380 Bis, párrafo tercero, del Código Civil para el Estado de Tabasco viola los principios de seguridad y legalidad jurídica contemplados en los artículos 14 y 16 constitucionales, pues, por un lado, prevé que el consentimiento expresado en vida por algún cónyuge o por algún concubino, para que sus gametos puedan ser utilizados en un procedimiento de inseminación después de su muerte, deberá cumplir con las formalidades que exige el Código Civil para el Estado de Tabasco; pero por el otro, el artículo 241, párrafo segundo, de la Ley de Salud local contempla que el consentimiento de las personas para disponer de su cuerpo, deberá efectuarse con los requisitos y restricciones previstas en la Ley General de Salud. Sostiene que con esta regulación, el legislador local violenta el marco constitucional por triple vía, ya que: (i) invade la esfera de competencia reservada al Congreso de la Unión para legislar en materia de salubridad general, en particular, sobre la disposición *post mortem* de células germinales; (ii) al señalar que tal consentimiento deberá expresarse "con las formalidades que este Código exige", desatiende lo señalado por la Ley General de Salud en la que se exigen mayores requisitos y, por tanto, se genera una violación al artículo 133 constitucional; y (iii) derivado de la invasión de facultades, la norma impugnada genera incertidumbre jurídica para los operadores jurídicos y para sus destinatarios.
- c) Sostiene la inconstitucionalidad del artículo 380 Bis 3, quinto párrafo, del Código Civil para el Estado de Tabasco, por violar los principios del interés superior de la niñez, legalidad y seguridad jurídica contemplados en los artículos 1o., primer párrafo, en relación con el 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; y 4o., párrafos primero y noveno, en relación con los diversos 14, párrafo segundo y 16, párrafo primero, de la Constitución General. Lo anterior, ya que tratándose de la gestante sustituta o su cónyuge, permite demandar la paternidad o maternidad en caso de la muerte o incapacidad del padre 'o' madre contratantes para lograr la custodia del producto de la inseminación; lo cual violenta el interés superior de la niñez en relación con el derecho a no ser separado de las personas que ejerzan la patria potestad, pues al utilizar la conjunción 'o' en lugar de emplear 'y', posibilita que si uno solo de los cónyuges contratantes queda incapacitado o muere, el otro queda excluido del ejercicio de la patria potestad, dando la oportunidad a la gestante sustituta o a su cónyuge, para demandar la paternidad o maternidad, no obstante que en el Código Civil para el Estado de Tabasco se señala que por falta o impedimento del padre 'y' de la madre, la patria potestad corresponde al abuelo y a la abuela paternos y maternos, lo cual es contradicho por el precepto impugnado al dar preferencia a la mujer gestante.
- d) Sostiene la inconstitucionalidad del artículo 380 Bis 3, párrafos cuarto y sexto, del Código Civil para el Estado de Tabasco, por contrariar el principio de igualdad de género, contemplado en los artículos 1o., primer párrafo y 4, párrafo primero, ambos de la Constitución General, en relación con los diversos 7 y 11 de la Convención Americana

sobre Derechos Humanos; 6.b de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; y 5.a de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Puntualiza que tales normas, en las porciones normativas que establecen: "... lo que no impediría que pueda donar el óvulo para la fecundación *in vitro* o portar al producto fecundado en su vientre mediando conocimiento de cónyuge o concubino..." y en la diversa que dice "... y, si fuera el caso, su cónyuge o concubino...", son inconstitucionales porque: a) en ellas se prohíbe que la mujer participe en un contrato de gestación si ha estado embarazada en los últimos 365 días, así como que participe en más de dos ocasiones consecutivas en dicho procedimiento; y b) no obstante tal prohibición, se regula como excepción el que la mujer pueda donar el componente genético para la fecundación *in vitro* (el óvulo) o incluso que porte el producto fecundado si media conocimiento del cónyuge o concubino, así como su correspondiente autorización al momento de suscribir el contrato de gestación. Esto es, se subordina la posibilidad de que una mujer participe en un contrato de gestación, al conocimiento y autorización del cónyuge o concubino, lo que genera un mensaje estereotipado de inferioridad de la mujer y restringe el derecho a la igualdad entre cónyuges y concubinos.

- e) Aduce que el legislador del Estado de Tabasco incurrió en una omisión legislativa al establecer en el artículo 380 Bis 5 del Código Civil, los requisitos del contrato de gestación, ya que la emitió de manera incompleta o deficiente, pues no reguló lo relacionado al ámbito económico de dicho contrato y dicha omisión impacta en los derechos reconocidos en los artículos 14 y 16 de la Constitución General y afecta el interés superior del menor, toda vez que genera problemáticas respecto al cumplimiento e incumplimiento del contrato de gestación, lo que redundará en los derechos de los menores concebidos bajo este procedimiento científico.
- f) Finalmente, la accionante aduce que el contrato de gestación debiera ser gratuito o, al menos, no perder de vista los principios de altruismo y ausencia de ánimo de lucro y, en general, atender el mandato establecido en la Ley General de Salud que prohíbe el comercio de órganos, tejidos y células.

DISPOSICIONES QUE SE ESTIMARON VULNERADAS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

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

[...]

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Art. 40.- La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

[...]

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución. La Ley definirá un sistema de salud para el bienestar, con el fin de garantizar la extensión progresiva, cuantitativa y cualitativa de los servicios de salud para la atención integral y gratuita de las personas que no cuenten con seguridad social. [...]

Art. 14.- A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.

Art. 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En los juicios y procedimientos seguidos en forma de juicio en los que se establezca como regla la oralidad, bastará con que quede constancia de ellos en cualquier medio que dé certeza de su contenido y del cumplimiento de lo previsto en este párrafo.

[...]

Art. 73.- El Congreso tiene facultad:

[...]

XVI.- Para dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y salubridad general de la República.

[...]

Art. 133.- Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado,

serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arregarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas.

Convención sobre los Derechos del Niño

Artículo 9.

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. [...]

Convención Americana sobre Derechos Humanos

ARTÍCULO 7. Derecho a la Libertad Personal

[...]

ARTÍCULO 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer

Artículo 6

El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros:

- a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y
- b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

Artículo 5. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

- a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres;

[...]

Una vez que se tuvo por presentada la acción de inconstitucionalidad, se designó como instructora del asunto a la señora **Ministra Norma Lucía Piña Hernández**, quien la admitió a trámite y dio vista a los Poderes Ejecutivo y Legislativo del Estado de Tabasco para que rindieran sus respectivos informes.

El Congreso del Estado de Tabasco emitió el informe a través de su representante legal, en el cual esencialmente adujo que el acto legislativo que dio origen al Decreto impugnado está debidamente fundado y motivado; que la legislatura Estatal sí tiene competencia concurrente para legislar sobre gestión asistida o subrogada; que el artículo 380 Bis, párrafo quinto, del Código Civil para el Estado de Tabasco no atenta contra el interés superior de la niñez, ni causa inseguridad jurídica; que el artículo 380 Bis 3, párrafos cuarto y sexto, de dicho Código, no atenta contra la dignidad y derechos de las mujeres; y, finalmente, que no se actualiza la omisión legislativa que plantea la PGR.

Por su parte, el Poder Ejecutivo del Estado de Tabasco rindió el informe a través del Titular de la Coordinación General de Asuntos Jurídicos, en el cual indicó que el Estado no legisló en materia de salubridad general, pues las reformas al Código Civil se circunscribieron al ámbito del derecho privado, tema que no corresponde a la competencia del Congreso Federal.

Seguido el trámite correspondiente, la señora Ministra instructora elaboró el proyecto de resolución respectivo, el cual se sometió a consideración del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en las sesiones de los días 1, 3 y 7 de junio de 2021.

Discusión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Sesión del 1 de junio de 2021

Se sometió a consideración de las y los integrantes del Tribunal Pleno, los apartados del proyecto relativos a la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para resolver el asunto, oportunidad en la presentación de la demanda, legitimación de la PGR para promover la acción de inconstitucionalidad y causas de improcedencia, los cuales fueron aprobados de manera económica por unanimidad de votos de las señoras Ministras y los señores Ministros.

Superado lo anterior, la **Ministra Ponente Norma Lucía Piña Hernández** presentó el estudio de fondo del asunto, en el cual se desarrolló como primer

apartado, un marco teórico general de la regulación nacional e internacional de la gestación por sustitución.

En ese contexto, explicó que la gestación por sustitución es una realidad en el país, por lo que se necesita diseñar una política nacional en materia de salubridad general, acorde con los derechos de las partes involucradas, particularmente de niñas, niños y mujeres, quienes tienen mayores riesgos de sufrir abusos en contextos desregulados, según estudios internacionales. Agregó que la prohibición de esta práctica genera clandestinidad y, consecuentemente, mayores riesgos para las mujeres gestantes, así como incertidumbre para los menores nacidos a través de estas técnicas.

Puntualizó el contenido de cada subapartado del marco teórico: 1) definición de los derechos reproductivos, 2) conceptualización de las técnicas de reproducción asistida, particularmente la gestación por sustitución, y 3) desarrollo de la problemática particular en torno a la gestación por sustitución a partir de la regulación internacional.

En esencia, como conclusiones de este apartado en el proyecto, destacan las siguientes:

- Que en el ámbito del derecho internacional se permiten y regulan ciertas formas de contratos de gestación por sustitución. Los países que permiten y regulan la gestación subrogada presentan ciertas peculiaridades en cuanto al tema específico de la filiación del hijo nacido bajo esa técnica y a la forma en cómo debe celebrarse el contrato respectivo. También existen Estados donde está expresamente prohibida la gestación subrogada, incluso penada como delito.
- Que en la decisión de los países que han determinado prohibir la gestación por sustitución subyacen consideraciones en relación con la vulneración a la dignidad de la mujer y del niño gestado a través de esta técnica; en cambio, los países que han decidido permitirla, adoptan una política pública cuyo objetivo es ampliar el ejercicio de los derechos reproductivos y apelan a su carácter de alternativa válida, para aquellos imposibilitados para procrear y a la autonomía reproductiva de la mujer gestante.
- Que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que los Estados gozan de un amplio margen de apreciación en relación con los asuntos en los que se plantean cuestiones morales y éticas delicadas en las que no hay consenso en el ámbito europeo.

- Que en México existe un desarrollo legislativo local disperso e irregular en relación con las técnicas de reproducción asistida, en específico, sobre la gestación subrogada, pues algunas entidades federativas la prohíben expresamente, otras lo permiten y otras más poseen una regulación general que lleva a la interpretación de su permisón; de ahí que estos temas deban regularse tomando en cuenta los derechos fundamentales involucrados, como la libertad y la autodeterminación; el libre desarrollo de la personalidad; la intimidad personal y familiar, el derecho a conformar una familia, el derecho a la vida, a la salud, a la libertad, a la seguridad e integridad personales, a decidir el número e intervalo de hijos, a la igualdad y a la no discriminación, al empleo y a la seguridad social, a la educación, a la información, a disfrutar del progreso científico, entre otros.

En uso de la voz, la señora **Ministra Yasmín Esquivel Mossa** coincidió con las conclusiones de este apartado, pues inciden en el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a su vida privada, como poder fundar una familia a través de esta técnica de reproducción asistida.

Consideró necesario tener en cuenta el caso "Artavia Murillo y otros ('Fecundación *in vitro*') vs. Costa Rica" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,¹ en el cual determinó que el derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva y el acceso a los servicios de salud reproductiva, así como con el acceso a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. Compartió las conclusiones relativas a que en la gestación por sustitución convergen derechos fundamentales que repercuten en la vida y libertad de las personas, y que su adecuada regulación protege los derechos de todos los involucrados, en particular los de las mujeres gestantes, quienes tienen mayores riesgos de sufrir abusos en contextos carentes de normas que las protejan, provocando prácticas clandestinas e incertidumbre para los menores.

Por su parte, el señor **Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá** anunció su voto en contra de este apartado porque, si bien compartió ciertas consideraciones, en su opinión excede la *litis*, además indicó que, de ser necesario un marco teórico sobre la gestación subrogada, debería profundizar

¹ Sentencia dictada el 29 de noviembre de 2021.

principalmente a partir del desarrollo jurisprudencial interamericano, no con el del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El señor **Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena** se pronunció en favor del proyecto, aunque estimó conveniente que se abundara sobre el carácter *sui generis* del contrato de gestación subrogada y cómo requiere algunas salvaguardas reforzadas respecto del consentimiento de la mujer y las personas gestantes, así como una reflexión sobre las consecuencias de su incumplimiento. Destacó del proyecto la preocupación por preservar y defender, como derecho constitucional, la autonomía y libertad de las mujeres y las personas gestantes para definir y perseguir su proyecto de vida, lo cual impactará en decisiones futuras, al ser este asunto un parteaguas en la materia.

Los señores **Ministros Luis María Aguilar Morales** y **Alberto Pérez Dayán** coincidieron en manifestar que se apartaban de algunas consideraciones del proyecto que contienen juicios valorativos en torno a que la prohibición de la gestación subrogada genera clandestinidad y mayores riesgos para las mujeres gestantes, pues opinaron que ello pudiera resultar condicionante o anticipar criterio del Tribunal Pleno.

Al participar, el señor **Ministro Javier Laynez Potisek** concordó con el proyecto e hizo notar que es la primera vez que el Tribunal Constitucional aborda el tema, por lo que es ilustrativo explicar el contexto mexicano para analizar el caso concreto. Estimó que cuando el proyecto refiere a la clandestinidad, es porque se realizan estas prácticas con desprotección a los menores de edad, quienes sufren las consecuencias de una falta de regulación adecuada. Sugirió precisar que, a pesar de que haya una iniciativa o dictamen pendiente de trámite en el Congreso de la Unión en materia de salubridad general, la materia sustantiva civil corresponde a los Estados, por lo que no se deberá tomar como parámetro de regularidad en este caso y adelantó que, de no aceptarse esta sugerencia, de cualquier manera estaría en favor del proyecto.

El señor **Ministro Presidente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea** también resaltó que éste será el primer pronunciamiento del Tribunal Pleno sobre el tema y constituirá un referente para los legisladores y aplicadores del derecho.

No obstante, estimó que el proyecto desarrolla la gestación subrogada únicamente desde la perspectiva de los derechos reproductivos y sexuales, invisibilizando otros derechos involucrados, como el de las mujeres gestantes, quienes

han sido víctimas de prácticas violatorias de su salud, dignidad y libertad personal, así como de las niñas y los niños nacidos bajo estas técnicas; de ahí que, en su opinión, el marco teórico debe complementarse con los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del Comité sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, del Comité de los Derechos del Niño y de la Relatoría Especial sobre la venta y explotación sexual de niños, de los cuales se desprende, en esencia:

- i. Que el punto de partida de cualquier análisis del marco jurídico internacional debe ser el interés superior de la niñez, especialmente para prevenir la venta de niñas y niños a través de un marco legal adecuado,
- ii. Que deben puntualizarse los principios y salvaguardas en los sistemas jurídicos, aplicables a la subrogación comercial y altruista, particularmente la prohibición de venta de menores y el establecimiento de regulaciones y limitaciones estrictas en relación con las transacciones financieras, los derechos de identidad y de acceso a los orígenes personales, así como frente a la explotación,
- iii. Que la gestación por sustitución de carácter comercial puede llevarse a cabo sin que constituya venta de niños,
- iv. Que debe regularse debidamente la gestación por sustitución de carácter altruista, primordialmente en los reembolsos y pagos a las madres gestantes, que sean razonables y detallados, además de someterse al examen de las autoridades competentes, y
- v. Que no se criminalice a las mujeres subrogantes y se tomen en cuenta las relaciones desiguales de poder entre las partes, a fin de evitar que las gestantes sean víctimas de explotación, discriminación o violencia, mediante el consentimiento voluntario e informado, la preaprobación de los contratos de gestación, los exámenes de idoneidad de los aspirantes y las determinaciones individualizadas del interés superior del niño con posterioridad al parto.

Hizo notar que el proyecto no recoge adecuadamente los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vinculantes para México, entre otros, el caso "Artavia Murillo y otros ('Fecundación *in vitro*') vs. Costa Rica", en el cual, como destacó en su participación la Ministra Esquivel Mossa, se determinó que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada, aunado a que este último derecho se relaciona con la autonomía

reproductiva y el acceso a servicios de salud, lo cual involucra el derecho de acceder a las tecnologías necesarias para ejercerlo, entre ellas, las de reproducción asistida, siendo que este derecho podría estimarse vulnerado cuando se obstaculicen estos medios, máxime que la infertilidad es una limitación funcional, reconocida como una enfermedad, por lo que las personas que la padecen deben considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad y, por ende, los Estados son responsables de regular la prestación de estos servicios de salud.

Señaló que en la consulta tampoco se alude al amparo en revisión 553/2018 de la Primera Sala,² en el que se reconoció: el derecho de las parejas del mismo sexo de acceder a los métodos de reproducción asistida para convertirse en padres o madres, específicamente a través de la gestación por sustitución; que la filiación de un niño o una niña, nacidos bajo dicha técnica, debe determinarse a la luz de su interés superior, tomándose en consideración la voluntad procreacional de la mujer gestante, libre de vicios; y, que la ausencia de un vínculo biológico entre una persona y un menor de edad no es suficiente para negar el establecimiento de la filiación legal entre ambos.

Indicó que se separaría de las consideraciones relativas a que uno de los argumentos más usuales en contra de la gestación por sustitución es la mercantilización del cuerpo de la mujer, porque conlleva a una valoración moral, asimismo, indicó que se apartaba de la cita de un caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya que ese precedente no es vinculante para México, y que también se separaría de lo concerniente al desarrollo comparativo de diversas regulaciones mundiales, pues se realiza sin referencias o fundamentos legales y, en ocasiones, sin precisar a los países a que se refiere.

La señora **Ministra Ponente Norma Lucía Piña Hernández** aclaró que el asunto llevaba listado muchos años, razón por la cual no se había citado el precedente de la Primera Sala; asimismo, precisó que las cuestiones mencionadas por el señor Ministro Presidente se encuentran en las notas al pie, por lo que ofreció trasladarlas al texto principal. Señaló que modificaría el proyecto para matizar los aspectos señalados por el señor Ministro Aguilar Morales y eliminar los juicios valorativos contenidos ahí, así como para agregar la precisión sugerida por el señor Ministro Laynez Potisek referente a que, a pesar de la

² Resuelto por la Primera Sala el 21 de noviembre de 2018.

iniciativa o dictamen pendiente de trámite en el Congreso de la Unión en materia de salubridad general, la materia sustantiva civil corresponde a los Estados.

El señor **Ministro Presidente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea** sometió a votación la propuesta modificada, la cual se aprobó por mayoría de ocho votos de las señoras Ministras y de los señores Ministros Gutiérrez Ortiz Mena, Franco González Salas, Aguilar Morales, Pardo Rebolledo, Piña Hernández, Ríos Farjat, Laynez Potisek y Pérez Dayán con reservas. La señora Ministra y los señores Ministros González Alcántara Carrancá, Esquivel Mossa y Presidente Zaldívar Lelo de Larrea votaron en contra.

Acto seguido, la señora **Ministra Ponente Norma Lucía Piña Hernández** presentó la propuesta de estudio, en su apartado II, denominado "Decreto impugnado", en el cual se proponía: 1) analizar la distribución de competencias en materia de salubridad general, 2) declarar la invalidez del artículo 380 Bis, párrafo primero, 3) reconocer la validez del artículo 380 Bis, párrafo segundo, y 4) reconocer la validez del artículo 380 Bis, párrafo tercero, en sus porciones normativas "Sólo será válido el consentimiento expresado en vida" y "con las formalidades que este Código exige, para los efectos de que sus gametos puedan ser utilizados después de su muerte en un procedimiento de inseminación", del Código Civil para el Estado de Tabasco, adicionados mediante el Decreto 265, publicado en el *Periódico Oficial* de dicha entidad federativa el 13 de enero de 2016.

Precisó que la propuesta de analizar la distribución de competencias en materia de salubridad general, responde a que el decreto impugnado introdujo un capítulo en el Código Civil del Estado, denominado "de la gestación subrogada y sustituta", por lo que involucra dos materias que, de conformidad con la Ley General de Salud, se vinculan con la planificación familiar y el control sanitario de la disposición de células germinales.

Resaltó que sobre la planificación familiar, el artículo 13, apartado B, fracción I, de la Ley General de Salud reconoce esta competencia a los gobiernos locales, pero previamente estructurada y definida en la propia ley general y por el Sistema Nacional de Salud. En relación con el control sanitario de la disposición de células germinales, precisó que la ley general ordena a las autoridades federales emitir las Normas Oficiales Mexicanas que rijan en todo el país la prestación de estos servicios, así como organizarlos, operarlos y vigilar su funcionamiento, siendo que la Comisión Federal para la Protección contra

Riesgos Sanitarios propondrá al Secretario de Salud la política nacional de instrumentación, por lo que es una atribución exclusiva de la Federación.

LEY GENERAL DE SALUD

Artículo 13.- La competencia entre la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general quedará distribuida conforme a lo siguiente:

[...]

B. Corresponde a los gobiernos de las entidades federativas, en materia de salubridad general, como autoridades locales y dentro de sus respectivas jurisdicciones territoriales:

[...]

I. Organizar, operar, supervisar y evaluar la prestación de los servicios de salubridad general a que se refieren las fracciones II, II Bis, IV, IV Bis, IV Bis 1, IV Bis 2, IV Bis 3, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXVI Bis y XXVII Bis, del artículo 3o. de esta Ley, de conformidad con las disposiciones aplicables; [...]

Por otra parte, refirió que la propuesta de declarar la invalidez del artículo 380 Bis, párrafo primero, obedece a que se regulan cuestiones de salubridad general y, consecuentemente, se invaden las atribuciones reservadas a la Federación, al definir la reproducción humana asistida y las condiciones técnicas de la gestación por sustitución, así como cuestiones relativas al desarrollo embrionario y la condición médica de quienes podrán acceder a esta técnica. Adelantó que esta declaratoria de invalidez tendrá efectos extensivos, que se precisarán en el apartado de efectos.

Sostuvo que la tercera propuesta consistente en reconocer la validez del artículo 380 Bis, párrafo segundo, atiende a que el legislador local se limitó a definir, de manera general, la fecundación homóloga y heteróloga de la gestación subrogada, sin introducir mayores aspectos técnicos y sólo para efectos de la relación contractual.

Expuso que la cuarta propuesta relativa a reconocer la validez del artículo 380 Bis, párrafo tercero, en sus porciones normativas "Sólo será válido el consentimiento expresado en vida" y "con las formalidades que este Código exige, para los efectos de que sus gametos puedan ser utilizados después de su muerte en un procedimiento de inseminación", del Código Civil para el Estado de Tabasco, es porque únicamente se establece la utilización de gametos *post mortem* en el procedimiento de gestación por sustitución, conforme a las reglas del consentimiento del código civil en estudio.

El señor **Ministro Alberto Pérez Dayán** manifestó su conformidad con las consideraciones competenciales, pero estimó que la invalidez propuesta debe alcanzar a la totalidad del artículo 380 Bis, así como a la de los artículos 380 Bis 1, 380 Bis 2, 380 Bis 3 y 380 Bis 6, ya que el artículo 4o. constitucional ordena esta distribución competencial de la salubridad general y el artículo 3, fracciones V y XXVI, de la Ley General de Salud indica que es materia de salubridad general la planificación familiar y el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes y células, lo cual se complementa con sus artículos 13 y 17 Bis, que da la posibilidad de intervención a la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios.

LEY GENERAL DE SALUD

ARTÍCULO 3o.- En los términos de esta Ley, es materia de salubridad general:

[...]

V.- La planificación familiar;

[...]

XXVI.- El control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes y células; [...]

[...]

ARTÍCULO 13.- La competencia entre la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general quedará distribuida conforme a lo siguiente:

[...]

ARTÍCULO 17 Bis.- La Secretaría de Salud ejercerá las atribuciones de regulación, control y fomento sanitarios que conforme a la presente Ley, a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, y los demás ordenamientos aplicables le corresponden a dicha dependencia en las materias a que se refiere el artículo 3o. de esta Ley en sus fracciones I, en lo relativo al control y vigilancia de los establecimientos de salud a los que se refieren los artículos 34 y 35 de esta Ley: XIII, XIV, XXII, XXIII, XXIV, XXV, XXVI, ésta salvo por lo que se refiere a cadáveres y XXVII, esta última salvo por lo que se refiere a personas, a través de un órgano desconcentrado que se denominará Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios. [...]

La señora **Ministra Yasmín Esquivel Mossa** no compartió la declaración de invalidez del artículo 380 Bis, párrafo primero, pues opinó que la legislación reclamada no pretende suplantar a la legislación sanitaria en materia de células germinales, sino sólo regular las condiciones jurídicas del contrato de gestación por sustitución desde el derecho civil y familiar, por lo que no invade la esfera de atribuciones de la Federación, máxime que no existe prohibición expresa para que los Estados la regulen. Precitado lo anterior, indicó estar de acuerdo con el resto de las propuestas del proyecto.

El señor **Ministro Luis María Aguilar Morales** concordó con la propuesta de invalidez del artículo 380 Bis, párrafo primero, debido a que se regularon aspectos técnicos y biológicos, relativos a las condiciones de salud de las personas que intervienen en el procedimiento de gestación subrogada, lo cual corresponde a la Federación, encargada de emitir un marco homogéneo a través de las Normas Oficiales Mexicanas. Destacó que la accionante únicamente impugnó su primer párrafo con un argumento competencial, mientras que su párrafo tercero se cuestionó por violaciones al principio de legalidad y seguridad jurídica, además de que, de ser un estudio en suplencia de la queja, no resulta correcto metodológicamente concluir con su reconocimiento de validez.

En su intervención, el señor **Ministro Presidente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea** se posicionó en contra del estudio alusivo al parámetro competencial aplicable, pues refirió que del análisis de los artículos 4o. y 73, fracción XVI, constitucionales y 3, fracciones V y XXVI, de la Ley General de Salud se deriva una competencia federal, no sólo referente a que la Secretaría de Salud dictará las Normas Oficiales Mexicanas a las que se sujetará la prestación de los servicios de salud nacionales de planificación familiar y control sanitario de la disposición de células, sino para que el Congreso de la Unión dicte leyes en materia de salubridad general, en las que se definan las bases y modalidades para el acceso a estos servicios de salud y los aspectos sanitarios de la maternidad subrogada.

Manifestó que el proyecto omite desarrollar la competencia de los Estados para regular la materia sustantiva civil y familiar, en términos del artículo 124 constitucional, que comprende los temas de parentesco, filiación, reconocimiento de hijos, adopción, patria potestad, alimentos, contratos, consentimiento y capacidad, entre otros, que se deriven de esta técnica de reproducción asistida.

**CONSTITUCIÓN POLÍTICA
DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS**

Art. 124.- Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados o a la Ciudad de México, en los ámbitos de sus respectivas competencias.

[...]

Así, se pronunció en contra de la invalidez del artículo 380 Bis, párrafo primero, ya que no regula la salubridad general, sino que establece una definición necesaria para el reconocimiento de la filiación de niñas y los niños

nacidos bajo la técnica de gestación subrogada; no obstante, estimó que, en suplencia de la queja, debería invalidarse su porción normativa "de la pareja infértil o estéril" por ser discriminatoria. Por otra parte, hizo notar que se debe declarar la invalidez de su porción normativa "Se permite a los cónyuges o concubinos la inseminación o fecundación homóloga y heteróloga" por establecer una condición de acceso a los servicios de salud, para lo cual no tiene competencia el legislador local, así como sus porciones normativas "cónyuges o concubinos" por establecer una distinción basada en una categoría sospechosa, que no supera un escrutinio estricto.

La señora **Ministra Ponente Norma Lucía Piña Hernández** señaló que modificaría el proyecto para precisar que las propuestas de reconocimiento de validez no son por suplencia de la queja.

En consecuencia, el señor **Ministro Presidente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea** sometió a votación la propuesta modificada, de la cual se obtuvieron los resultados siguientes:

Se aprobó por mayoría de diez votos el subapartado del proyecto denominado "Distribución de competencias en materia de salubridad general". El señor Ministro Presidente Zaldívar Lelo de Larrea votó en contra y anunció voto particular.

Se aprobó por mayoría de nueve votos la propuesta de invalidez del artículo 380 Bis, párrafo primero, del Código Civil para el Estado de Tabasco. La señora Ministra Esquivel Mossa y el señor Ministro Presidente Zaldívar Lelo de Larrea votaron en contra y únicamente por la invalidez de su porción normativa "de la pareja infértil o estéril". El señor Ministro Presidente Zaldívar Lelo de Larrea anunció voto particular.

Se aprobó por mayoría de nueve votos la propuesta de reconocer la validez del artículo 380 Bis, párrafo segundo, del Código Civil para el Estado de Tabasco. El señor Ministro Pérez Dayán votó en contra y el señor Ministro Presidente Zaldívar Lelo de Larrea votó únicamente por la invalidez de sus porciones normativas "Se permite a los cónyuges o concubinos la inseminación o fecundación homóloga y heteróloga" y "cónyuges o concubinos", y anunció voto particular.

Por mayoría de diez votos se aprobó la propuesta de reconocer la validez del artículo 380 Bis, párrafo tercero, en sus porciones normativas "Sólo será

válido el consentimiento expresado en vida" y "con las formalidades que este Código exige, para los efectos de que sus gametos puedan ser utilizados después de su muerte en un procedimiento de inseminación", del Código Civil para el Estado de Tabasco. El señor Ministro Presidente Zaldívar Lelo de Larrea votó a favor del sentido, pero en contra de las consideraciones. El señor Ministro Pérez Dayán votó en contra.

Posteriormente, la señora **Ministra Ponente Norma Lucía Piña Hernández** presentó el estudio del proyecto, en el que se proponía declarar la invalidez, en suplencia de la queja, del artículo 380 Bis, párrafo tercero, en su porción normativa "por algún cónyuge o por algún concubino", del Código Civil para el Estado de Tabasco, ya que excluye de manera injustificada a las mujeres de la posibilidad de expresar su consentimiento para que sus gametos puedan ser fecundados *post mortem*, lo que es contrario al principio de igualdad y no discriminación respecto de los derechos reproductivos de mujeres y varones, pues parte de la concepción tradicional de que las técnicas de reproducción asistida atienden al interés de las mujeres de ser madres con el material genético de su esposo fallecido, siendo que podría utilizarse el material genético de ambos géneros.

El señor **Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá** coincidió con el proyecto, pero por razones distintas, pues refirió que no se establece una doble regulación de la donación *post mortem* ni se pretende regular el consentimiento para la realización de un procedimiento médico, sino el vínculo de filiación entre la persona fallecida y un menor de edad que nace por inseminación artificial posteriormente al fallecimiento de la primera.

El señor **Ministro Presidente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea** se posicionó con el sentido del proyecto, pero en contra de sus consideraciones, ya que no implica una discriminación por razón de sexo, sino por el estado civil, al excluir la porción normativa a las personas solteras.

Acto seguido, se sometió a votación la propuesta del proyecto, la cual se aprobó por mayoría de diez votos. El señor **Ministro Alberto Pérez Dayán** votó por la invalidez total del precepto por falta de competencia. Los señores Ministros González Alcántara Carrancá y Presidente Zaldívar Lelo de Larrea anunciaron votos concurrentes.

Posteriormente, la señora **Ministra Ponente Norma Lucía Piña Hernández** presentó el estudio del proyecto en el que se proponía declarar la invalidez, en suplencia de la queja, del artículo 380 Bis 3, párrafo quinto, del Código Civil para el Estado de Tabasco, en razón de que, al establecer que "En caso de que la gestante sustituta o su cónyuge demanden la paternidad o maternidad, solamente podrán recibir, previo reconocimiento de su cónyuge, la custodia del producto de la inseminación, únicamente cuando se acredite la incapacidad o muerte de la madre o padre contratantes".

Lo anterior, ya que se violan los principios de interés superior de la niñez, legalidad y seguridad jurídica porque, cuando se hace uso de esta técnica de reproducción asistida, ni la mujer gestante ni su cónyuge o concubino tienen legitimación para denunciar la maternidad, paternidad ni la custodia del niño o la niña producto de la inseminación, pues carecen de voluntad procreacional, es decir, del principio bioético de autonomía, expresado en el consentimiento informado cuando se trate de una filiación de una niña o un niño, que nació bajo esta técnica de reproducción asistida.

Al respecto, el señor **Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá** se apartó de algunas consideraciones alusivas a que la madre gestante y su cónyuge no cuentan, en ningún supuesto, con legitimación para demandar la maternidad o paternidad del menor nacido a través de la gestación subrogada con base en la voluntad procreacional, únicamente perteneciente a los padres o madres contratantes, ya que en opinión del señor Ministro, se pasa por alto que esa voluntad procreacional es una cuestión de hecho, por lo que no puede excluirse *a priori* a personas distintas a los contratantes.

El señor **Ministro Alberto Pérez Dayán** coincidió con la propuesta de invalidez, pero por su posicionamiento alusivo a la cuestión competencial, a partir del cual estimó que estas cuestiones familiares deberían formar parte del Código Civil Federal, mientras que el desarrollo de las células debería regularse por el Congreso de la Unión en la Ley General de Salud o por la Secretaría de Salud mediante Normas Oficiales Mexicanas.

El señor **Ministro Presidente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea** se pronunció a favor del sentido del proyecto, pero en contra de las consideraciones relativas a que, en el contexto de la gestación subrogada, la filiación de los niños y niñas se determina únicamente a partir de la voluntad procreacional y con total independencia de a quién pertenezca el material genético, pues en su

opinión, cualquier decisión que involucre a la niñez debe tomar, como punto de partida, su interés superior, lo cual no se puede determinar de manera absoluta o abstracta, como en la consulta, sino casuísticamente.

Sesión del 3 de junio de 2021

La señora **Ministra Ponente Norma Lucía Piña Hernández** presentó la propuesta modificada, en la que se propone declarar la invalidez, en suplencia de la queja, del artículo 380 Bis 3, párrafo quinto, del Código Civil para el Estado de Tabasco, especialmente con un enfoque centrado en el interés superior de la niñez.

Sobre el particular, el señor **Ministro Luis María Aguilar Morales** concordó con la propuesta de invalidez del precepto cuestionado, pues resalta el interés superior de la niñez y precisa que, si bien la voluntad procreacional es válida para determinar la identidad y filiación de las personas menores de edad nacidas a través de la gestación sustituta o subrogada, no es el único medio para ello, además de que restringe indebidamente los derechos de filiación y de libre desarrollo de la personalidad de los padres contratantes.

La señora **Ministra Yasmín Esquivel Mossa** se pronunció a favor de la consulta, pero se apartó de las consideraciones relacionadas con el problema de la filiación del menor de edad, pues opinó que la disposición impugnada sólo se refiere al supuesto en que la mujer gestante puede obtener, a través de una declaración judicial, la custodia del recién nacido en aquellos casos en que hubiese imposibilidad de entregarlo y concluir el contrato por causas de muerte o incapacidad de los contratantes; sin embargo, se excluye de manera absoluta a los demás familiares de los contratantes, quienes también podrían pretender esa custodia, aunado a que no se toma en cuenta el interés superior de la niñez atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso.

La señora **Ministra Ana Margarita Ríos Farjat** concordó con las modificaciones propuestas y recaló que se debe vincular el interés superior de niñas, niños y adolescentes con el derecho de la seguridad jurídica, en este caso, con la técnica de reproducción asistida de la gestación sustituta, a fin de que exista certeza sobre su aplicación y consecuencias, especialmente por el derecho a la filiación de niñas y niños, así como sus relaciones familiares, pues si bien la norma cuestionada establece un derecho de preferencia para presumir el vínculo filial, la voluntad procreacional puede ser evolutiva.

El señor **Ministro Presidente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea** compartió en su mayoría la propuesta modificada, pero se apartó de algunas consideraciones y anunció que formularía un voto concurrente.

En ese contexto, se sometió a votación esta parte de la propuesta modificada, la cual se aprobó por unanimidad de once votos de las señoras Ministras y de los señores Ministros.

Enseguida, la señora **Ministra Ponente Norma Lucía Piña Hernández** presentó el estudio del proyecto que proponía declarar la invalidez del artículo 380 Bis 3, párrafo sexto, en su porción normativa "y, si fuera el caso, su cónyuge o concubino", del Código Civil para el Estado de Tabasco, en razón de que, al exigir que el contrato de gestación sea firmado, incluso autorizado, por el cónyuge o concubino de la madre subrogada, perpetúa el estereotipo de que la mujer no puede ejercer su capacidad reproductiva de manera autónoma y de que su cuerpo no le pertenece. Aclaró que también se impugnó el párrafo cuarto del referido precepto que exige el conocimiento del cónyuge o concubino de la mujer gestante para portar el producto fecundado o donar el óvulo para la fertilización *in vitro*; no obstante, éste sería declarado inconstitucional, por extensión, en el apartado de efectos.

La señora **Ministra Yasmín Esquivel Mossa** se apartó de la parte del proyecto en la que se señala que no será analizado el párrafo cuarto del artículo reclamado, el cual a juicio de la Ministra amerita un estudio, pues debe expulsarse del orden jurídico su porción normativa "mediando conocimiento del cónyuge o concubino", ya que se subordina a la mujer gestante a la voluntad de otra persona.

El señor **Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá** coincidió con el proyecto, pero se apartó de las consideraciones alusivas a que no opera la presunción de parentesco entre el cónyuge o concubino de la madre gestante y el menor que nace a través de estas técnicas, ya que se replica el vicio de la porción normativa respectiva del artículo 380 Bis 3, esto es, vulnerar el libre desarrollo de la libertad reproductiva de todas las madres gestantes y, por tanto, debería invalidarse por extensión. Al igual que la Ministra Esquivel Mossa tampoco coincidió en omitir el estudio de la porción normativa del párrafo cuarto del precepto en cuestión, pues en su opinión, debe invalidarse directamente porque regula cuestiones que son facultad exclusiva de la Federación y restringe la autonomía de la voluntad reproductiva de la madre gestante.

Con esto último también estuvo de acuerdo el señor **Ministro Luis María Aguilar Morales**, quien señaló que al establecer el precepto en cuestión que el contrato de gestación subrogada o sustituta requiere la firma del cónyuge o concubino de la mujer que va a prestar su cuerpo para gestar un bebé, condiciona sus derechos reproductivos y su libre desarrollo de la personalidad, así como el principio de igualdad y no discriminación, lo cual es inaceptable en un Estado constitucional de derecho.

La señora **Ministra Ponente Norma Lucía Piña Hernández** modificó el proyecto para proponer la invalidez del artículo 380 Bis 3, párrafo cuarto, primero, bajo el argumento competencial, pues trata condiciones médicas específicas y, luego, por vulnerar los derechos reproductivos de la mujer.

El señor **Ministro Presidente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea** se apartó de la invalidez del párrafo cuarto, pues hizo notar que éste sólo establece elementos contractuales y no está regulando en materia de salubridad general. Por ende, se pronunció en favor de la invalidez de la porción normativa relativa al consentimiento y, adicionalmente y en suplencia de la queja, de la porción normativa "y que no ha participado en más de dos ocasiones consecutivas en dicho procedimiento" por imponer una limitación al libre desarrollo de la personalidad y la autonomía reproductiva de la gestante, que no supera un examen de proporcionalidad, pues aun cuando la norma persigue una finalidad legítima que es proteger la salud y la integridad personal de la gestante, evitando que sea víctima de explotación, no es adecuada porque permite su participación en procedimientos ilimitados, siempre y cuando tenga un hijo propio, lo cual no encuentra una justificación constitucional.

Acto seguido, se sometió a votación esta parte del proyecto, pero en virtud de los resultados obtenidos, la señora **Ministra Ponente Norma Lucía Piña Hernández** hizo uso de la voz para precisar que la porción normativa "la madre y el padre" del párrafo sexto del artículo se analizaría en un apartado posterior y, dado que la parte inicial del párrafo cuarto no alcanzó la mayoría calificada y sí la diversa porción normativa "mediando conocimiento del cónyuge o concubino", elaboraría el engrose en ese sentido.

Efectuada la anterior precisión, estas partes del proyecto se aprobaron por unanimidad de once votos de las señoras Ministras y de los señores Ministros, quienes realizaron diversas precisiones al emitir cada uno de ellos el sentido de su voto.

Enseguida, la señora **Ministra Ponente Norma Lucía Piña Hernández** presentó el estudio del proyecto en el que se proponía declarar, en suplencia de la queja, la invalidez del artículo 380 Bis 3, párrafo sexto, en su porción normativa "la madre y el padre", del Código Civil para el Estado de Tabasco, pues al establecer que el contrato de gestación subrogada deberá ser firmado por la madre y el padre contratantes, resulta discriminatorio por orientación sexual y estado civil, respecto de parejas del mismo sexo y a cualquier persona soltera, y si bien persigue una finalidad constitucional, que es proteger a un cierto tipo de familias, tal exclusión no responde a ningún mandato constitucional, especialmente del artículo 4o., en cuanto a la protección de la familia. Adelantó que esta declaratoria de invalidez se haría extensiva a otras porciones normativas que contienen este mismo vicio.

Dicha propuesta se aprobó en votación económica por unanimidad de once votos de las señoras Ministras y de los señores Ministros.

Posteriormente, la señora **Ministra Ponente Norma Lucía Piña Hernández** presentó el estudio del proyecto en el que se proponía declarar infundada la omisión legislativa relativa al artículo 380 Bis 5 del Código Civil para el Estado de Tabasco, en razón de que la ausencia de una prevención económica en el contrato de gestación no afecta el interés superior del menor de edad, ya que el derecho de cobrar corresponde a la mujer gestante, lo cual no alcanza a los derechos del recién nacido, como argumenta la accionante, además de que el legislador local contaba con libertad de configuración en el ámbito civil.

El señor **Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá** coincidió con el sentido del proyecto porque no es posible, vía acción de inconstitucionalidad, estudiar una omisión parcial no derivada de una facultad de ejercicio obligatorio, pero no compartió sus consideraciones, ya que la regulación de los aspectos económicos pueden afectar los derechos de las personas menores de edad, en tanto que se debe prevenir su venta, la cual está prohibida por la Convención sobre los Derechos del Niño y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

Concluyó que la norma reclamada, si bien, no regula el contenido económico del contrato, no debería interpretarse libremente conforme a la autonomía de voluntad, sino establecer una interpretación sistemática a la luz del

interés superior de la niñez y del artículo 327 de la Ley General de Salud para prohibir su lucro.

LEY GENERAL DE SALUD

Artículo 327.- Está prohibido el comercio de órganos, tejidos y células. La donación de éstos se registrará por principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad, por lo que su obtención y utilización serán estrictamente a título gratuito. [...]

La señora **Ministra Yasmín Esquivel Mossa** compartió la propuesta, salvo por la fracción I del precepto cuestionado, puesto que, analizada en suplencia de la queja, es inconstitucional porque prohíbe absoluta y definitivamente la celebración del contrato de gestación por sustitución para los extranjeros, lo cual resulta discriminatorio en razón de su nacionalidad, además de que les impide el derecho humano a la salud y a la planificación familiar, tutelado en el artículo 4o., párrafo segundo, constitucional.

El señor **Ministro Presidente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea** se manifestó a favor del sentido del proyecto, pero no de sus consideraciones que sostienen que el aspecto económico de la gestación subrogada no afecta los derechos del recién nacido y que existe un derecho a cobrar de la mujer gestante. Lo anterior, ya que es susceptible de afectar los derechos del menor de edad, toda vez que puede dar lugar a la venta de niños, siendo que el Comité de los Derechos del Niño ha recomendado al Estado Mexicano velar por que se impida esta práctica y, por otra parte, si bien diversas organizaciones promotoras de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer consideran que su derecho a la autonomía incluye la posibilidad de decidir libremente si desea embarazarse, entre otras, por razones económicas, no hay una postura unánime ni disposición convencional, constitucional o criterio jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ni de tribunales u organismos internacionales que lo reconozca.

Hizo notar que si bien la determinación de onerosidad o gratuidad forma parte de la libertad configurativa de las legislaturas locales, la falta de regulación del aspecto económico del contrato no genera inseguridad jurídica ni que, en todo caso, deba ser altruista, ya que, por una parte, en el Estado de Tabasco no se prohíbe establecer una remuneración en favor de la mujer gestante por sus servicios y, por otra parte, los sistemas regulados altruistas también

corren el riesgo de configurar la venta de niños si no se regulan debidamente los pagos a la gestante, por lo que consideró que no existe obligación de prohibirle una remuneración por sus servicios.

La señora **Ministra Ponente Norma Lucía Piña Hernández** aclaró que el proyecto determina que no existió una omisión relativa de ejercicio potestativo, dado que es de libre configuración legislativa del Estado establecer esas condiciones económicas y, si bien se podrían afectar los derechos de la niñez, el estudio se debe centrar en la decisión de la mujer de realizar una gestación subrogada, además de que la finalidad del contrato no es la venta de niños, lo cual está prohibido. No obstante, señaló que modificaría el proyecto para matizarlo en el sentido de que se deben establecer condiciones para no pasar esta figura a la clandestinidad o, en su caso, suprimirlos; lo anterior, a fin de concluir que no existe la omisión legislativa parcial de ejercicio potestativo alegada.

Se sometió a votación la propuesta modificada del proyecto, la cual se aprobó por mayoría de diez votos. El señor Ministro Pérez Dayán votó en contra. La señora Ministra Ríos Farjat, así como los señores Ministros González Alcántara Carrancá y Presidente Zaldívar Lelo de Larrea reservaron su derecho de formular sendos votos concurrentes.

Sesión del 7 de junio de 2021

La señora **Ministra Ponente Norma Lucía Piña Hernández** presentó el considerando séptimo, relativo a los efectos, en los que se propuso: 1) determinar que las declaratorias de invalidez decretadas en el fallo surtan sus efectos a partir de la notificación de los puntos resolutivos de esta sentencia al Congreso del Estado de Tabasco y 2) determinar que los procedimientos iniciados bajo la vigencia del decreto impugnado deberán concluirse bajo su aplicación en aras de asegurar los derechos de las personas involucradas en los procesos de gestación subrogada.

Lo anterior se aprobó en votación económica por unanimidad de once votos de las señoras Ministras y de los señores Ministros.

Enseguida, la señora **Ministra Ponente Norma Lucía Piña Hernández** presentó el considerando octavo, en el que se propuso exhortar a los demás Poderes de la Unión a que, en el ámbito de sus competencias, regulen de

manera urgente y prioritaria la materia tratada en la sentencia; en razón de la gravedad del problema de falta de regulación en el ámbito federal y sus repercusiones políticas, económicas, sociales y culturales, que generan además inseguridad jurídica y clandestinidad en estos procedimientos.

El señor **Ministro Presidente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea** sugirió que la exhortación sea para las autoridades competentes de la Federación y las locales, pues si bien las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en principio, deben tener un efecto vinculante, en una democracia dialógica pueden exhortar a los demás Poderes de la Unión, aun cuando no se verifique su cumplimiento.

La señora **Ministra Ponente Norma Lucía Piña Hernández** modificó esta parte del proyecto con la sugerencia realizada, la cual se sometió a votación y se aprobó por mayoría de siete votos. Los señores Ministros González Alcántara Carrancá, Aguilar Morales, Pardo Rebolledo y Laynez Potisek votaron en contra.

PUNTOS RESOLUTIVOS

PRIMERO. Es procedente y parcialmente fundada la presente acción de inconstitucionalidad.

SEGUNDO. Se reconoce la validez del artículo 380 Bis, párrafos segundo —con la salvedad precisada en el punto resolutivo cuarto— y tercero —con la salvedad precisada en el punto resolutivo tercero—, del Código Civil para el Estado de Tabasco, adicionado mediante el Decreto 265, publicado en el *Periódico Oficial* de dicha entidad federativa el trece de enero de dos mil dieciséis, en atención a lo establecido en el considerando quinto de esta decisión.

TERCERO. Se declara la invalidez de los artículos 380 Bis, párrafos primero y tercero, en su porción normativa ‘por algún cónyuge o por algún concubino’, y 380 Bis 3, párrafos cuarto, en su porción normativa ‘mediando conocimiento del cónyuge o concubino’, quinto y sexto, en sus porciones normativas ‘la madre y el padre’, así como ‘y, si fuera el caso, su cónyuge o concubino’, del Código Civil para el Estado de Tabasco, adicionados mediante el Decreto 265, publicado en el *Periódico Oficial* de dicha entidad federativa el trece de enero de dos mil dieciséis, en los términos precisados en el considerando quinto de esta determinación.

CUARTO. Se declara la invalidez, por extensión, de los artículos 380 Bis, párrafo segundo, en sus porciones normativas ‘a los cónyuges o concubinos’, ‘cónyuges o concubinos’ y ‘de los cónyuges o concubinos’, 380 Bis 1, en su porción normativa ‘padres’, 380 Bis 2, fracción I, en su porción normativa ‘madre’, 380 Bis 5, párrafos primero, fracción IV, en su porción

normativa ‘padres’, segundo, en su porción normativa ‘el padre y la madre’, y tercero, en su porción normativa ‘y, en su caso, su cónyuge o concubino’, y 380 Bis 7, párrafos primero, en su porción normativa ‘padres’, segundo, en su porción normativa ‘madre y al padre’, y tercero, en su porción normativa ‘padres’, del Código Civil para el Estado de Tabasco, adicionados mediante el Decreto 265, publicado en el *Periódico Oficial* de dicha entidad federativa el trece de enero de dos mil dieciséis, conforme a lo dispuesto en el considerando sexto de esta sentencia.

QUINTO. Las declaratorias de invalidez decretadas en este fallo surtirán sus efectos a partir de la notificación de estos puntos resolutivos al Congreso del Estado de Tabasco, de conformidad con el considerando séptimo de esta ejecutoria.

SEXTO. Publíquese esta resolución en el *Diario Oficial de la Federación*, en el *Periódico Oficial* del Estado de Tabasco, así como en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*.

SÉPTIMO. Se exhorta a los demás Poderes de la Unión y a los Poderes de los Estados a que, en el ámbito de sus competencias, regulen de manera urgente y prioritaria la materia tratada en esta sentencia, en términos del considerando octavo de esta determinación.

VOTOS CONCURRENTES Y VOTOS PARTICULARES

Voto particular y voto concurrente de la señora Ministra Yasmín Esquivel Mossa

En su voto particular, la Ministra Esquivel Mossa señaló que, contrario a lo resuelto por la mayoría del Tribunal Pleno, debía reconocerse la validez del artículo 380 Bis, párrafo primero, del Código Civil para el Estado de Tabasco. Lo anterior, ya que, en su opinión, dicho precepto sólo señala el significado de reproducción humana asistida con la finalidad de esclarecer sus alcances con relación a los aspectos contractuales de la gestación asistida y subrogada, además de que sólo se incorporó esa definición para que los particulares comprendieran los aspectos esenciales de las prácticas médicas que se utilizan habitualmente en materia de salud reproductiva en aras de establecer las precisiones que habrán de convenirse entre las partes en la gestación por contrato.

En su voto concurrente, sostuvo que, si bien coincidía con la declaración de invalidez del párrafo quinto del artículo 380 Bis 3 del Código Civil para el Estado de Tabasco, existían razones adicionales a las expresadas en la sentencia que apoyaban la conclusión a la que arribó el Tribunal Pleno. Al respecto, indicó que la norma es inconstitucional al no tomar en cuenta el interés superior de la niñez en relación a qué es lo que le resulta más favorable para el desarrollo del menor de edad, aunado a que posibilita que, ante el acreditamiento de la incapacidad o la muerte de cualquiera de los contratantes, la gestante o su cónyuge puedan obtener de manera preferente la custodia del niño o de la niña a pesar de que alguno de sus progenitores por voluntad procreacional pudiera hacerse cargo de su cuidado.

**Voto particular y voto concurrente
del señor Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá**

En su voto particular, el Ministro González Alcántara Carrancá consideró que en el asunto era importante analizar el Capítulo VI Bis "De la gestación asistida y subrogada" del Código Civil de Tabasco en su integridad, por tratarse de un mismo sistema normativo. Adicionalmente, estimó innecesaria la inclusión en la resolución de un marco contextual sobre la gestación por sustitución, pues además de que no es un parámetro de regularidad constitucional para el análisis de los conceptos de invalidez, su inclusión podía generar un efecto equívoco en los operadores jurídicos, pues podría inducirlos al error con respecto a sus consideraciones.

En su voto concurrente, refirió que, respecto a la inconstitucionalidad decretada de la norma que reconocía legitimación a la madre gestante y a su cónyuge para solicitar la custodia del producto de la inseminación en caso de muerte o incapacidad de los padres contratantes, no podía excluirse la posibilidad de que la madre gestante desarrollará una voluntad procreacional, entendida como la voluntad de ser madre y asumir las responsabilidades correspondientes. Respecto a la determinación del Pleno relativa a que el establecimiento de sistemas comerciales o altruistas forma parte de la libertad configurativa de las legislaturas locales, indicó que tendría que hacerse una interpretación sistemática y por analogía con el artículo 327 de la Ley General de Salud que prohíbe el comercio de órganos, tejidos y células, y establece que su transmisión debe ser sin ánimo de lucro, pues con dicha interpretación se haría compatible el contrato de gestación subrogada con los derechos de las personas menores de edad.

**Voto particular y voto concurrente
del señor Ministro Alberto Pérez Dayán**

El Ministro Pérez Dayán consideró que la invalidez por incompetencia del Congreso local respecto al artículo 380 Bis, en su primer párrafo, del Código Civil para el Estado de Tabasco, era suficiente para invalidar el precepto en su totalidad, así como los diversos 380 Bis 1, 380 Bis 2 y 380 Bis 3, al tratar de forma directa o indirecta temas de control sanitario, particularmente sobre disposición de células reproductivas masculinas y femeninas, en tanto que esos aspectos debían ser regulados por el Congreso Federal, a través de disposiciones generales contenidas en la Ley General de Salud o, en su caso, mediante las Normas Oficiales Mexicanas. Asimismo, señaló que respecto de la invalidez del artículo 380 Bis 3, párrafo quinto, del citado ordenamiento, por violación a los principios del interés superior de la niñez, así como legalidad y seguridad jurídica, prevalecía la incompetencia del legislador local para regular la materia en cuestión.

En relación con la invalidez de los párrafos cuarto y sexto del artículo 380 Bis 3 del referido ordenamiento, indicó que el tema relativo a la incompetencia era de estudio preferente y abarcaba la mayor parte de los preceptos combatidos, siendo atribución del Congreso de la Unión legislar al respecto. Por otro lado, argumentó que todas las disposiciones relativas al contrato de maternidad sustituta debieron ser invalidadas por contener una finalidad

ilícita, pues para él, el útero de la mujer escapaba de la materia del comercio, además que ello daba lugar a prácticas nocivas como la explotación de la mujer o venta de niños. Respecto al efecto de exhortar a los Poderes de la Unión para que regulen de manera urgente y prioritaria, destacó cuatro puntos fundamentales: la maternidad subrogada demanda una legislación inmediata e integral; la competencia para legislar es de carácter federal; dada la gran cantidad de derechos humanos que implica el tema debe de quedar enteramente regulada; y, al tratarse de una asignatura de orden federal, los temas de filiación, parentesco, patria potestad, custodia, alimentos y demás relacionados deben de regularse en el Código Civil Federal.

Voto particular y voto concurrente del señor Presidente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

En su voto particular, el Ministro Presidente Zaldívar Lelo de Larrea explicó que se manifestó en contra del marco teórico de la gestación subrogada desarrollado en el proyecto porque, además de abordar los derechos sexuales y reproductivos, debieron analizarse los derechos de todas las personas involucradas, especialmente de niñas y niños nacidas mediante el empleo de esa técnica de reproducción asistida, así como de las mujeres y personas gestantes.

Sobre los temas competenciales, apuntó que se apartó del parámetro competencial que se desarrolló en la sentencia pues, en su opinión, limita la facultad de la Federación y omite hacer referencia a la competencia de las entidades federativas para legislar en las materias sustantivas civil y familiar, dado que a la Federación le corresponde distribuir competencias y fijar las bases de los aspectos sanitarios de la maternidad subrogada, así como las modalidades para el acceso a los servicios de salud relativos y a las entidades federativas compete el reconocimiento de los procedimientos mediante los cuales se reconocerá la filiación de los niños nacidos bajo esta técnica y pueden regular cuestiones atinentes a la capacidad, el consentimiento, el parentesco, entre otros.

Sobre la constitucionalidad del párrafo primero del artículo 380 bis del Código Civil para el Estado de Tabasco, exteriorizó que, aunque sostiene su constitucionalidad, considera que es inconstitucional la porción normativa "la pareja infértil o estéril", ya que no supera un test de proporcionalidad.

En su voto concurrente se refirió a la constitucionalidad del párrafo segundo del artículo 380 bis del Código Civil de Tabasco, e indicó que si bien comparte la declaratoria de invalidez de las porciones normativas "se permite a los cónyuges o concubinos la inseminación o fecundación homóloga y heteróloga" y "cónyuges o concubinos", no compartía las consideraciones, ya que, a su juicio, la primera es inconstitucional al invadir la esfera de competencias del Congreso de la Unión para fijar las bases en el acceso a los servicios de salud; mientras que, por lo que atañe a la segunda porción, estimó que debió analizarse bajo un test de escrutinio estricto, el cual no se superaba, ya que, al excluir a las personas solteras, no es una medida que esté estrechamente vinculada a las únicas finalidades imperiosas a las que podría atender, esto es, a la protección de la familia y al interés superior de la niñez.

Respecto al párrafo tercero del artículo 380 bis del Código Civil para el Estado de Tabasco, si bien compartió la declaratoria de invalidez de la porción normativa "por algún cónyuge o por algún concubino", se separó de las consideraciones en la que se sostuvo que establece una distinción basada en una categoría sospechosa, a saber, el sexo, pues, en su opinión, dicha porción normativa es inconstitucional, al establecer una distinción basada en una categoría sospechosa (el estado civil) de modo que no supera el escrutinio correspondiente.

Sobre el artículo 380 bis 3, párrafo quinto, del Código Civil para el Estado de Tabasco, exteriorizó que, si bien coincide con la declaratoria de invalidez, se aparta de las consideraciones que privilegian la voluntad procreacional y la seguridad jurídica sobre el interés superior de la niñez.

Con relación a los párrafos cuarto y sexto del artículo 380 bis 3 del Código Civil para el Estado de Tabasco, indicó que compartía la declaratoria de invalidez de las porciones normativas "mediando conocimiento del cónyuge o concubino" del párrafo cuarto, e "y si fuera el caso, de su cónyuge o concubino"; sin embargo, se separó de algunas consideraciones de la sentencia en las que se señala que la declaratoria de invalidez no afecta la seguridad jurídica del contrato, porque el diverso artículo 380 bis 5 del Código Civil para el Estado de Tabasco establece que en el procedimiento no contencioso en el que se apruebe el contrato de gestación subrogada, el cónyuge o concubino de la gestante renunciará a cualquier parentesco con el recién nacido.

Señaló que si bien la norma persigue una finalidad legítima (proteger la salud e integridad personal de la gestante, evitando que sea víctima de explotación al participar en numerosos procesos de gestación subrogada), no es adecuada para alcanzar el propósito que se propone, debido a que permite que la mujer o persona gestante participe en un número de procedimientos ilimitados, siempre y cuando tenga un hijo propio entre ellos.

En torno al reconocimiento de validez del artículo 380 bis 5 del Código Civil para el Estado de Tabasco, estimó que la determinación de establecer sistemas comerciales o altruistas para la celebración de un contrato de gestación por sustitución forma parte de la libertad configurativa de las legislaturas locales, tribunales y organismos internacionales especializados en derechos humanos; sin embargo, a su juicio debe concederse la mayor protección para todas las personas involucradas en este tipo de contratos, la cual se alcanzaría a través de una regulación integral que permita los contratos de gestación por sustitución tanto onerosos como gratuitos, pues la prohibición de los contratos onerosos puede llevar la práctica de la gestación subrogada a la clandestinidad.

Por último, expresó no estar de acuerdo respecto de la extensión de la declaratoria de invalidez, pues, en su opinión, también debieron invalidarse, por extensión, los artículos 380 Bis 1; 380 Bis 3, en los párrafos primero, séptimo y octavo; 380 Bis 4, párrafo segundo, y 380 Bis 5, párrafos segundo y cuarto del Código Civil para el Estado de Tabasco.