S E S I Ó N P Ú B L I C A NÚM. 59
O R D I N A R I A
MARTES 1º DE JUNIO DE 2021

En la Ciudad de México, siendo las once horas con cincuenta y tres minutos del martes primero de junio de dos mil veintiuno, se reunieron a distancia, mediante el uso de herramientas informáticas, de conformidad con el Acuerdo General Número 4/2020 de trece de abril de dos mil veinte, para celebrar sesión pública ordinaria, las señoras Ministras y los señores Ministros Presidente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Juan Luis González Alcántara Carrancá, Yasmín Esquivel Mossa, José Fernando Franco González Salas, Luis María Aguilar Morales, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Norma Lucía Piña Hernández, Ana Margarita Ríos Farjat, Javier Laynez Potisek y Alberto Pérez Dayán.

El señor Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena se incorporó en el transcurso de la sesión.

En términos de lo previsto en el punto quinto del referido Acuerdo General, se verificó la existencia del quorum para el inicio de la sesión, al tenor de lo previsto en el artículo 4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

El señor Ministro Presidente Zaldívar Lelo de Larrea abrió la sesión y el secretario general de acuerdos dio cuenta de lo siguiente:

I. APROBACIÓN DE ACTA

Se sometió a consideración el proyecto de acta de la sesión pública número cincuenta y ocho ordinaria, celebrada el lunes treinta y uno de mayo del año en curso.

Por unanimidad de diez votos, el Tribunal Pleno aprobó dicho proyecto.

II. VISTA Y RESOLUCIÓN DE ASUNTOS

Asuntos de la Lista Oficial para la Sesión Pública Ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del primero de junio de dos mil veintiuno:

I. 16/2016

Acción de inconstitucionalidad 16/2016, promovida por la —entonces— Procuraduría General de la República, demandando la invalidez de diversas disposiciones del Código Civil para el Estado de Tabasco, adicionadas mediante el Decreto 265, publicado en el periódico oficial de dicha entidad federativa el trece de enero de dos mil dieciséis. En el proyecto formulado por la señora Ministra Norma Lucía Piña Hernández se propuso: *“PRIMERO. Es procedente y fundada la presente acción de inconstitucionalidad. SEGUNDO. Se declara la invalidez de los artículos 380 Bis, primer párrafo y tercer párrafo en la porción que establece “por algún cónyuge o por algún concubino”; y, 380 Bis 3, párrafos quinto, y sexto en las porciones normativas “y si fuera el caso, de su cónyuge o concubino” y “la madre y el padre”, del Decreto 265 por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Tabasco,*

publicado en el periódico oficial del Estado de Tabasco el trece de enero de dos mil dieciséis. TERCERO. Se declara la invalidez, por extensión, del artículo 380 Bis, segundo párrafo, en la porción que establece “a los cónyuges o concubinos”, “cónyuges y concubinos” y “cónyuges y concubinos”; del artículo 380 Bis 1 en las porciones que establecen “los padres” y “cuando la madre pactante padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero.”; del artículo 380 Bis 3, primer y segundo párrafos, tercer párrafo en la porción “de entre veinticinco y hasta treinta y cinco años de edad que tengan una buena salud biopsicosomática y”, cuarto párrafo, y sexto párrafo en la porción “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”; del artículo 380 Bis 4, segundo párrafo en la porción “Los profesionales o personal de salud que realicen esta práctica médica deberán acreditar que cumplen con la autorización de la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado, debiendo informar ampliamente de las consecuencias médicas y legales por la implantación de pre embriones y embriones en el cuerpo de una mujer gestante. Actuarán con estricto apego al secreto profesional, respecto a la identidad de las personas que intervienen en la implantación. El médico tratante deberá solicitar los documentos que acrediten que las personas que van a intervenir, cumplen con las formalidades y requisitos legales y físicos.”; del artículo 380

Bis 5, párrafo primero, fracciones III y IV en la porción que establece “ y reconocer su obligación de procurar el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el periodo gestacional y a concluir la relación contratada, respecto al o los recién nacidos y los padres contratantes una vez producido el nacimiento”, y párrafos segundo y cuarto; y, del artículo 380 Bis 7, párrafo segundo, en la porción que establece: “madre y al padre”, y tercer párrafo en la porción que establece: “padres”. CUARTO. La declaración de invalidez decretada en este fallo surtirá efectos a partir de la notificación de los puntos resolutive de esta sentencia al Congreso del Estado de Tabasco. QUINTO. 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. SEXTO. Se exhorta 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 esta sentencia”.

El señor Ministro Presidente Zaldívar Lelo de Larrea sometió a votación la propuesta de los considerandos primero, segundo, tercero y cuarto relativos, respectivamente, a la competencia, a la oportunidad, a la legitimación y a la improcedencia, la cual se aprobó en votación económica por unanimidad de diez votos de las señoras Ministras y de los señores Ministros González Alcántara Carrancá, Esquivel Mossa, Franco González Salas, Aguilar Morales, Pardo Rebolledo, Piña Hernández,

Ríos Farjat, Laynez Potisek, Pérez Dayán y Presidente Zaldívar Lelo de Larrea.

La señora Ministra ponente Piña Hernández presentó el considerando quinto, relativo al estudio, en su apartado I, denominado “Gestación por Sustitución”. El proyecto propone desarrollar un marco teórico general de la regulación nacional e internacional de la gestación por sustitución.

Recordó que se recibieron los *amicus curiae* del Colegio de Bioética, asociación civil, y Grupo de Información en Reproducción Asistida (GIRE), asociación civil, tomados en cuenta para la resolución de este caso.

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 las 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: 1) definición de los derechos reproductivos, 2) conceptualización de las técnicas de reproducción asistida,

particularmente la gestación por sustitución, 3) desarrollo de la problemática particular en torno a la gestación por sustitución a partir de regulación internacional —países que han optado por prohibirla expresamente, otros por no regularla y otros que adoptan un enfoque permisivo—.

Modificó el proyecto para agregar la primera opinión consultiva del Protocolo 16 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de diez de abril de dos mil diecinueve, emitida después de haberse listado este asunto, relativa a la forma de regular la filiación de los menores nacidos bajo esta técnica.

Abundó que se estudió también el contexto nacional, del que se advierten legislaciones completamente distintas y antagónicas, lo cual refleja la gran complejidad del tema.

La señora Ministra Esquivel Mossa coincidió con las conclusiones de este apartado, pues inciden en el libre desarrollo de la personalidad de las personas y el respeto a su vida privada, como poder fundar una familia a través de esta técnica de reproducción asistida, con fundamento en los artículos 4, párrafos primero —“La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia”— y segundo —“Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos”—, constitucional y 17, punto 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —“La familia es el elemento

natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”—.

Consideró conveniente tener en cuenta el caso “Artavia Murillo y otros (‘Fecundación *in vitro*’) vs. Costa Rica” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 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 una estrecha relación con el acceso a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho, con base en los artículos 7 y 11 de dicha Convención, por lo que se debe favorecer una interpretación que optimice este ejercicio.

Resaltó compartir las conclusiones de los párrafos del ciento veinticinco al ciento veintiocho, en el sentido de 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 todas las personas involucradas, 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.

El señor Ministro Gutiérrez Ortiz Mena se incorporó en este momento a la sesión.

El señor Ministro González Alcántara Carrancá anunció su voto en contra de este apartado porque, si bien compartió

ciertas consideraciones, excede la litis, además de que, de ser necesario un marco teórico o estudio previo general sobre la gestación subrogada, debería profundizar principalmente a partir del desarrollo jurisprudencial interamericano, no con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo.

El señor Ministro Gutiérrez Ortiz Mena se pronunció en favor del proyecto con razones adicionales, que plasmará en un voto concurrente, ya que se trata de una legislación perfectible, siendo que el proyecto precisa contenidos mínimos para la gestación subrogada y depura la discriminación por género, edad, orientación sexual e identidad de género.

Valoró conveniente abundar 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.

El señor Ministro Aguilar Morales se manifestó, en general, de acuerdo con el proyecto y coincidió con el señor Ministro Gutiérrez Ortiz Mena en que es un parteaguas.

Consideró necesario y útil este apartado, pero se apartó de los párrafos ciento veintisiete y ciento veintiocho porque, siendo simplemente un estudio expositivo, contienen juicios valorativos en torno a la prohibición de la gestación subrogada, al afirmar que genera clandestinidad y mayores riesgos para las mujeres gestantes, lo cual pudiera adelantar el criterio de este Tribunal Pleno.

El señor Ministro Pérez Dayán valoró que este tema implica aspectos científicos, sociales y religiosos, y si bien pudieran resultar útiles algunas expresiones iniciales, que permitan ubicar el tema en la geografía literaria y su desarrollo histórico, pudiera resultar condicionante o anticipar criterio, por lo que se separó de las conclusiones formuladas a modo de juicios de valor, máxime que se debe tener absoluta cautela en este tema tan delicado.

El señor Ministro Franco González Salas se expresó, en principio, de acuerdo con el proyecto, porque se enfocan en la protección de los derechos de la mujer en este tema tan complejo, con fundamento en diversos ordenamientos nacionales e internacionales, aunque no suscribiría algunos aspectos y tendría algunas reservas.

El señor Ministro Laynez Potisek concordó totalmente con este apartado, pues será la primera vez que este

Tribunal Constitucional aborde este tema, por lo que resulta ilustrativo explicar el contexto mexicano para abordar el caso concreto.

Estimó que, cuando el proyecto refiere a la clandestinidad, es por la prohibición tajante, ya que, en la práctica, se realizan estas prácticas con una desprotección a los menores, quienes sufren las consecuencias de una falta de regulación adecuada.

La señora Ministra Ríos Farjat se sumó a esta parte del proyecto porque es un estudio pertinente, cuya materia lo amerita para establecer un hilo conductor constitucional del ordenamiento jurídico mexicano, además de que resalta los estigmas y problemas correspondientes.

El señor Ministro Laynez Potisek sugirió precisar que, a pesar de la 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.

Adelantó que, de no aceptarse esta sugerencia, de cualquier manera estaría en favor del proyecto.

El señor Ministro Presidente Zaldívar Lelo de Larrea advirtió que este será el primer pronunciamiento del Tribunal Pleno sobre este tema, por lo que será referente para los legisladores y aplicadores del derecho.

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, cuyo interés superior debe ser reconocido como el punto de partida de cualquier regulación, por lo que este marco teórico debe complementarse incorporando 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: 1) que el punto de partida de cualquier análisis del marco jurídico internacional debe ser el interés superior de la niñez y demás principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño, especialmente para prevenir la venta de niñas y niños a través de un marco legal adecuado, 2) que se puntualicen 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, 3) que la gestación por sustitución de carácter comercial puede llevarse a cabo sin que constituya

venta de niños, 4) que se regule 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 los tribunales y otras autoridades competentes y 5) que no se criminalice a las mujeres subrogantes y se tome en cuenta las relaciones desiguales de poder entre las partes, especialmente la débil posición de las gestantes, a fin de evitar que sean víctimas de explotación, coerción, discriminación o violencia, mediante el consentimiento voluntario e informado, la preaprobación de los contratos de gestación antes del embarazo, los exámenes de idoneidad de los aspirantes y las determinaciones individualizadas del interés superior del niño con posterioridad al parto.

Observó, asimismo, que el proyecto, al desarrollar los derechos reproductivos y sexuales, 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, además de lo que informa la propuesta, se determinó que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico, aunado a que el derecho a la vida privada 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 ejercer ese derecho, entre otros, las técnicas de reproducción asistida, siendo que este

derecho podría estimarse vulnerado cuando se obstaculicen estos medios, en la inteligencia de 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, al presentar un impacto negativo y desproporcional en ellas y, por ende, los Estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de estos servicios de salud.

Apuntó que la consulta tampoco refiere al amparo en revisión 553/2018 de la Primera Sala, en el que se reconoció el derecho de las parejas homosexuales de acceder a los adelantos de la ciencia en materia de reproducción asistida y a convertirse en padres o madres a través de estos métodos, específicamente a través de la gestación por sustitución, así como que la filiación de un niño o niña, nacidos bajo dicha técnica, debería determinarse a la luz de su interés superior, tomándose en consideración la voluntad procreacional y la concurrencia de la voluntad 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.

Anunció que, por no abordar correctamente esta temática, se separará de los párrafos ciento cuarenta y cuatro —el cual señala que uno de los argumentos más usuales en contra de la gestación por sustitución es la mercantilización del cuerpo de la mujer porque, por un lado,

conlleva a una valoración moral, no correspondiente a este Tribunal Pleno—, cincuenta y nueve —en el que se cita un caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, relativo a Francia, en el que se señaló que los Estados tienen un amplio margen de apreciación no solo para autorizar o no este método de reproducción asistida, sino para reconocer la filiación legal entre los niños, concebidos como resultado de la misma, y los padres intencionales, siendo que se señaló que dicho margen se reduce cuando entra en juego el aspecto esencial de la identidad de los individuos entre padres e hijos, además de que este precedente no es vinculante para el Estado Mexicano— y del setenta y nueve al ciento dos —que desarrollan comparativamente diversas regulaciones mundiales, pero sin referencias o fundamentos legales y, en ocasiones, sin precisar siquiera a los países a que se refiere—.

Por todo lo expuesto y derivado de estas deficiencias, anunció que votará en contra de esta parte del proyecto.

La señora Ministra ponente Piña Hernández aclaró que este asunto lleva listado cinco años, por lo que sería entendible que no se hubiera citado ese precedente de la Primera Sala.

Precisó que las cuestiones mencionadas por el señor Ministro Presidente Zaldívar Lelo de Larrea se encuentran en las notas al pie, por lo que ofreció trasladarlas al texto principal.

Apuntó que el proyecto no contiene ningún argumento moralista, sino que se pretendió evidenciar la situación real en el mundo, materia de encono entre las feministas.

Modificó el proyecto para matizar los párrafos ciento veintisiete y ciento veintiocho —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 —que, a pesar de la 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 Zaldívar Lelo de Larrea sometió a votación la propuesta modificada del considerando quinto, relativo al estudio, en su apartado I, denominado “Gestación por Sustitución”, consistente en desarrollar un marco teórico general de la regulación nacional e internacional de la gestación por sustitución, 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. Los señores Ministros Gutiérrez Ortiz Mena y Franco González Salas reservaron su derecho de formular sendos votos

concurrentes. El señor Ministro Presidente Zaldívar Lelo de Larrea anunció voto particular.

La señora Ministra ponente Piña Hernández presentó el considerando quinto, relativo al estudio, en su apartado II, denominado “Decreto impugnado”, en su tema 1, parte primera. El proyecto propone: 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 trece de enero de dos mil dieciséis.

La primera propuesta 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. Sobre la planificación familiar, se determina que el artículo 13, apartado B, fracción I, de dicha ley general — “Corresponde a los gobiernos de las entidades federativas

[...] Organizar, operar, supervisar y evaluar la prestación de los servicios de [planificación familiar], de conformidad con las disposiciones aplicables”— reconoce esta competencia a los gobiernos locales, pero previamente estructurada y definida en la propia ley general y por el Sistema Nacional de Salud, lo cual se confirma con sus artículos 68 y 70. En relación con el control sanitario de la disposición de células germinales, se precisa que esta 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 en la materia, por lo que se trata de una atribución exclusiva de la Federación, en una interpretación funcional del artículo 4 constitucional, que pretende un marco homogéneo en todo el país.

La segunda propuesta 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.

La tercera propuesta 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.

La cuarta propuesta 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 Pérez Dayán se manifestó de acuerdo con las consideraciones competenciales, pero estimó que la invalidez propuesta alcanza no sólo al artículo 380 Bis, párrafo primero, sino a su totalidad, así como a la de los artículos 380 Bis 1, 380 Bis 2, 380 Bis 3 y 380 Bis 6, ya que, como se indica en el proyecto, el artículo 4 constitucional ordena esta distribución competencial de la salubridad general y el artículo 3, fracciones V y XXVI, de la Ley General de Salud indican 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 su artículo 13, aludido anteriormente, sumado al artículo 17 Bis, que da la posibilidad de intervención a la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios.

Adelantó que, independientemente de este argumento, los diversos artículos 380 Bis 4, 380 Bis 5 y 380 Bis 7 presentan vicios propios en cuanto a la contratación, además

de que carecerían de sentido si están subordinados a los primeros que refirió.

La señora Ministra Esquivel Mossa no compartió la declaración de invalidez artículo 380 Bis, párrafo primero, en virtud de que la legislación reclamada no pretende suplantar a la legislación sanitaria en materia de células germinales, sino solamente 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, dentro del marco de salubridad general, no existe prohibición expresa para que los Estados la regulen, por lo que mantienen su facultad residual, conferida por el artículo 124 constitucional, aunado a que se cumpliría el postulado del artículo 4 constitucional de que toda persona tiene derecho a la protección de la salud.

Recordó que el tres de abril de mil novecientos noventa y siete se publicó este Código Civil y, desde entonces, se introdujeron figuras jurídicas novedosas, relacionadas con las técnicas de reproducción asistida, mientras que el decreto combatido se publicó en dos mil dieciséis, lo cual demuestra que el propósito legislativo no ha sido la salubridad general ni las metodologías científicas en materia de salud reproductiva y de células germinales, sino establecer las condiciones contractuales y familiares.

Advirtió que el propio proyecto, en su párrafo ciento ochenta y dos, reconoce que “las entidades federativas, en términos del artículo 124 constitucional, tienen competencia

para regular las consecuencias civiles y familiares que se derivan del uso de las técnicas de reproducción asistida”, lo cual no acontece en la especie.

Se manifestó de acuerdo con el resto de las propuestas del proyecto.

El señor Ministro 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.

En cuanto al análisis del resto del precepto —contenido en los párrafos ciento setenta y seis y del ciento noventa al ciento noventa y cinco del proyecto—, advirtió 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.

El señor Ministro Presidente Zaldívar Lelo de Larrea se posicionó en contra de la primera parte de este estudio, alusivo al parámetro competencial aplicable, pues del

análisis de los artículos 4 y 73, fracción XVI, constitucionales y 3, fracciones V y XXVI, de la Ley General de Salud se deriva una competencia federal no solo 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 germinales ni sus normas técnicas, 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.

Agregó 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.

En este contexto, se inclinó en contra de la invalidez del artículo 360 Bis, párrafo primero, puesto que no regula la salubridad general, sino que establece una definición necesaria para el reconocimiento de la afiliación de las 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, se manifestó en favor de no declarar la invalidez, en suplencia de la queja, del artículo 380 Bis, párrafo segundo; sin embargo, 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.

Observó que esas últimas porciones se propondrán inválidas por extensión, pero valoró que podrían ser directas en estos términos.

El señor Ministro Laynez Potisek concordó con el proyecto al compartir este argumento competencial — párrafos ciento cincuenta y tres y ciento cincuenta y cinco y subsiguientes—, en cuanto a que los servicios de planificación familiar y de control sanitario de la disposición de células germinales corresponden a la Federación.

Abundó que el concepto de salubridad general es amplísimo, pues no está definido por la Constitución, específicamente en su artículo 4, ni por la Ley General de Salud, por lo que es necesario que este Tribunal Pleno lo delimite lo mayormente posible y con mucho cuidado.

Coincidió en que el proyecto no describa la materia civil de este tema porque es un régimen residual, sino que es correcto únicamente delimitar la competencia federal y dar a entender que lo demás está reservado a los Estados.

Concordó con la propuesta de validez del párrafo segundo cuestionado, pues únicamente atiende al aspecto contractual de la gestación asistida y subrogada, sin regular esta técnica de reproducción ni el control sanitario o la manipulación médica del cigoto.

La señora Ministra ponente Piña Hernández modificó el proyecto para precisar que las propuestas de reconocimiento de validez no son por suplencia de la queja.

El señor Ministro Presidente Zaldívar Lelo de Larrea reiteró que el párrafo primero cuestionado no debe ser invalidado porque no regula la salubridad general, sino que establece una definición necesaria para los efectos del reconocimiento de la filiación de los niños nacidos bajo la técnica de gestación subrogada.

Recordó que este Tribunal Pleno ha reconocido —en la acción de inconstitucionalidad 146/2007— que el legislador cuenta con autonomía calificadora, es decir, se debe atender a la naturaleza y fines de la legislación en cuestión, sin importar que una figura se encuentre prevista en un ordenamiento de diferente contenido, siendo que en este caso, al establecer únicamente una definición de estas

técnicas de reproducción asistida, no vulnera las facultades de Federación en materia de salubridad general.

El señor Ministro Presidente Zaldívar Lelo de Larrea sometió a votación la propuesta modificada del considerando quinto, relativo al estudio, en su apartado II, denominado “Decreto impugnado”, en su tema 1, parte primera, de la cual se obtuvieron los resultados siguientes:

Se aprobó por mayoría de diez votos de las señoras Ministras y de los señores Ministros Gutiérrez Ortiz Mena, González Alcántara Carrancá, Esquivel Mossa, Franco González Salas, Aguilar Morales, Pardo Rebolledo, Piña Hernández, Ríos Farjat con matices, Laynez Potisek y Pérez Dayán, respecto del subapartado 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 de las señoras Ministras y de los señores Ministros Gutiérrez Ortiz Mena, González Alcántara Carrancá, Franco González Salas, Aguilar Morales, Pardo Rebolledo, Piña Hernández, Ríos Farjat, Laynez Potisek y Pérez Dayán, respecto de declarar la invalidez del artículo 380 Bis, párrafo primero, 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. 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 de las señoras Ministras y de los señores Ministros Gutiérrez Ortiz Mena, González Alcántara Carrancá, Esquivel Mossa, Franco González Salas, Aguilar Morales, Pardo Rebolledo, Piña Hernández, Ríos Farjat y Laynez Potisek, respecto de reconocer la validez del artículo 380 Bis, párrafo segundo, 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. El señor Ministro Pérez Dayán votó en contra. El señor Ministro Presidente Zaldívar Lelo de Larrea votó en contra y 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.

Se aprobó por mayoría de diez votos de las señoras Ministras y de los señores Ministros Gutiérrez Ortiz Mena, González Alcántara Carrancá, Esquivel Mossa, Franco González Salas, Aguilar Morales, Pardo Rebolledo, Piña Hernández, Ríos Farjat, Laynez Potisek y Presidente Zaldívar Lelo de Larrea en contra de las consideraciones, respecto 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, adicionados mediante el Decreto 265, publicado en el periódico oficial de dicha entidad federativa el trece de enero de dos mil dieciséis. El señor Ministro Pérez Dayán votó en contra.

La señora Ministra ponente Piña Hernández presentó el considerando quinto, relativo al estudio, en su apartado II, denominado “Decreto impugnado”, en su tema 1, en su parte segunda. El proyecto propone 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, adicionados mediante el Decreto 265, publicado en el periódico oficial de dicha entidad federativa el trece de enero de dos mil dieciséis; en razón de que excluye de manera injustificada a las mujeres de la posibilidad de expresar su consentimiento para que sus gametos puedan ser fecundados *post mortem*, al ser sobreinclusiva y, por tanto, resulta 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 el desarrollo tecnológico permite la utilización del material genético de ambos géneros.

El señor Ministro González Alcántara Carrancá coincidió con el sentido del proyecto, pero por razones distintas porque 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 que ha muerto y un menor de edad, que nace por inseminación artificial posteriormente al fallecimiento de la primera.

El señor Ministro Aguilar Morales se expresó de acuerdo en declarar la invalidez del artículo 380 Bis 3, párrafo quinto —“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”—, porque, al involucrar la filiación y custodia de un infante, debió considerarse, además de la propuesta argumentativa del proyecto, prioritariamente el interés superior del menor, consagrado en el artículo 4 constitucional, además de que no supera un escrutinio estricto.

El señor Ministro Presidente Zaldívar Lelo de Larrea aclaró que el señor Ministro Aguilar Morales ya se pronunció sobre el siguiente apartado del proyecto.

Se posicionó con el sentido del proyecto, pero en contra de sus consideraciones porque no se implica una discriminación por razón de sexo, sino por el estado civil, al

excluir la porción normativa a las personas solteras, como lo precisará en un voto concurrente.

El señor Ministro Presidente Zaldívar Lelo de Larrea sometió a votación la propuesta del considerando quinto, relativo al estudio, en su apartado II, denominado “Decreto impugnado”, en su tema 1, en su parte segunda, consistente en 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, adicionados mediante el Decreto 265, publicado en el periódico oficial de dicha entidad federativa el trece de enero de dos mil dieciséis, la cual se aprobó por mayoría de diez votos de las señoras Ministras y de los señores Ministros Gutiérrez Ortiz Mena, González Alcántara Carrancá, Esquivel Mossa, Franco González Salas, Aguilar Morales, Pardo Rebolledo, Piña Hernández, Ríos Farjat, Laynez Potisek y Presidente Zaldívar Lelo de Larrea en contra de las consideraciones y por el argumento de discriminación por estado civil. El señor Ministro 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 sendos votos concurrentes.

La señora Ministra ponente Piña Hernández presentó el considerando quinto, relativo al estudio, en su apartado II, denominado “Decreto impugnado”, en su tema 2. El proyecto propone declarar la invalidez, en suplencia de la queja, del

artículo 380 Bis 3, párrafo quinto, 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 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”, se violan los principios de interés superior del menor, 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 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.

El señor Ministro González Alcántara Carrancá compartió la propuesta, pero 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 se pasa por alto que dicha

voluntad procreacional es una cuestión de hecho, por lo que no puede excluirse *a priori* a personas distintas a los contratantes, sino que, por ejemplo y como sucede en la mayoría de los casos, la madre gestante puede, durante la gestación o con posterioridad, adquirir la voluntad de ser madre y asumir las responsabilidades correspondientes, además de que no es el único factor que debe de tomarse en cuenta, según la tesis de la Primera Sala que se cita en el propio proyecto, y de que se debe evaluar el interés superior de los menores caso por caso.

El señor Ministro 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 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, dado que cualquier decisión que involucre a la niñez debe tomar, como punto de partida, su interés

superior, lo cual no se puede determinar de forma absoluta o abstracta, como en la consulta, sino casuísticamente.

En cuanto a que la norma cuestionada permite solicitar la custodia de un niño o niña por el solo hecho de que uno de sus padres sufra una incapacidad o haya fallecido, apuntó que el artículo 9, punto 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que “Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando [...] tal separación es necesaria en el interés superior del niño”, tal como ha desarrollado la Primera Sala.

La señora Ministra ponente Piña Hernández modificó el proyecto para declarar la invalidez del precepto con base en el argumento del señor Ministro González Alcántara Carrancá, añadiendo algunos precedentes de la Primera Sala que desarrollan este tema.

El señor Ministro Aguilar Morales reiteró su participación anterior, en relación con la adición de un estudio alusivo al interés superior del menor.

El señor Ministro González Alcántara Carrancá anunció que le remitiría a la señora Ministra ponente Piña Hernández sus observaciones, que son más extensas en sus notas que lo que fueron en su participación.

El señor Ministro Laynez Potisek consultó a la señora Ministra ponente Piña Hernández y al señor Ministro González Alcántara Carrancá si la modificación del proyecto

fue para reconocer lisa y llanamente la legitimación de la madre gestante sustituta para demandar la maternidad, pues estimó que el contrato, precisamente, pretende evitar ese conflicto, buscando el interés superior del menor.

El señor Ministro Presidente Zaldívar Lelo de Larrea reflexionó que este tema es importante y delicado, por lo que no se podría votar sin tener claras las consideraciones del proyecto y, por ello, sugirió levantar la sesión para dar tiempo de que la señora Ministra ponente Piña Hernández incorpore la modificación anunciada y sea analizada por el Tribunal Pleno.

La señora Ministra ponente Piña Hernández precisó que mantendrá la propuesta de invalidez, pero enfocando las consideraciones al interés superior del menor, como sugirió el señor Ministro González Alcántara Carrancá, para lo cual remitirá una propuesta modificada mañana.

El señor Ministro Presidente Zaldívar Lelo de Larrea prorrogó la discusión del asunto para la sesión siguiente, por lo que deberá permanecer en la lista oficial.

Acto continuo, levantó la sesión a las trece horas con cincuenta y siete minutos, previa convocatoria que emitió a los integrantes del Tribunal Pleno para acudir a la próxima sesión pública ordinaria, que se celebrará el jueves tres de junio del año en curso a la hora de costumbre.

Firman esta acta el señor Ministro Presidente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y el licenciado Rafael Coello Cetina, secretario general de acuerdos, quien da fe.

Documento

Evidencia criptográfica · Firma electrónica certificada

Nombre del documento firmado: 59 - 1 de junio de 2021 - Remota por Covid-19.docx

Identificador de proceso de firma: 66644

AC de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Firmante	Nombre	ARTURO FERNANDO ZALDIVAR LELO DE LARREA	Estado del certificado	OK	Vigente
	CURP	ZALA590809HQTLR02			
Firma	Serie del certificado del firmante	706a6673636a6e000000000000000000000019ce	Revocación	OK	No revocado
	Fecha (UTC / Ciudad de México)	02/07/2021T15:30:19Z / 02/07/2021T10:30:19-05:00	Estatus firma	OK	Valida
	Algoritmo	SHA256/RSA_ENCRYPTION			
	Cadena de firma				
	2f 4d d1 70 c4 7a 4c de 42 13 c1 9e ec 28 01 cf 21 36 ad 7d aa 77 74 1b 27 eb 6a 87 f3 29 14 b5 ab 4c e6 28 34 79 6a d0 f9 42 81 2c c3 b5 f9 c9 29 72 b5 29 13 4c 1d 52 68 49 e2 3a ed 68 52 8b 46 2b b6 1e ab e1 b6 94 d1 1f 56 92 f8 15 e9 91 ed 39 bd db 0d ba 78 4e 07 65 f1 1c 46 f1 03 e7 61 74 4a 30 ea 85 27 a0 81 1f 3f c5 f1 bf a3 2f d0 f2 f9 f9 47 f1 4a aa 6c 1d f9 e0 3c 36 34 41 20 12 99 3d 76 00 72 c3 fd 61 39 87 54 c9 1f d8 03 c2 e4 68 4f 17 aa 72 37 0b 45 05 ec d9 f8 fd 97 bb 23 dd b7 5e 24 2b a1 da 5a 69 59 60 38 76 a0 db a0 04 53 32 70 3a 03 23 60 ee 8c 6a f8 4a 0c aa 1b cb 2a 73 d3 a8 38 32 ce b5 69 f5 c7 c7 ce c1 78 8b 10 0a 12 42 d9 fb bb 7a 56 4a 56 d7 20 03 e0 d7 81 a6 f2 06 47 6d 52 42 96 64 70 68 7b 2f 0f 70 64 5e 78 ce 8f f1 7f d3 0f 80 03 31				
Validación OCSP	Fecha (UTC / Ciudad de México)	02/07/2021T15:30:19Z / 02/07/2021T10:30:19-05:00			
	Nombre del emisor de la respuesta OCSP	OCSP de la Suprema Corte de Justicia de la Nación			
	Emisor del certificado de OCSP	AC de la Suprema Corte de Justicia de la Nación			
	Número de serie del certificado OCSP	706a6673636a6e000000000000000000000019ce			
Estampa TSP	Fecha (UTC / Ciudad de México)	02/07/2021T15:30:19Z / 02/07/2021T10:30:19-05:00			
	Nombre del emisor de la respuesta TSP	TSP FIREL de la Suprema Corte de Justicia de la Nación			
	Emisor del certificado TSP	AC de la Suprema Corte de Justicia de la Nación			
	Identificador de la secuencia	3948802			
	Datos estampillados	2421D81A436C6B0DEB4D032EB5C48F9305449953338C8AADA0CDCF69FBF76394			

Firmante	Nombre	RAFAEL COELLO CETINA	Estado del certificado	OK	Vigente
	CURP	COCR700805HDFLTF09			
Firma	Serie del certificado del firmante	706a6673636a6e00000000000000000000001b34	Revocación	OK	No revocado
	Fecha (UTC / Ciudad de México)	24/06/2021T14:27:21Z / 24/06/2021T09:27:21-05:00	Estatus firma	OK	Valida
	Algoritmo	SHA256/RSA_ENCRYPTION			
	Cadena de firma				
	8b bb 04 6e b3 7c b8 d4 e6 fe d8 cd 6b c1 f1 95 97 1e 98 41 09 ed ea 42 63 5a 1f 50 24 62 0d 96 db 24 75 b7 f7 3b 30 62 cb 39 d8 02 f1 92 94 dc bb 7f 24 14 da 67 20 e0 0c f1 1b f7 b3 8c d3 12 df 2f ef 2c 02 86 d5 b8 f3 46 28 29 e6 ad ef 8d 27 e2 0c e3 92 61 6b f7 ce d9 c6 0f dd 8f 6a 35 28 53 c2 b4 71 d8 29 2d d0 cf fa fb e4 69 d1 07 df e1 30 89 41 ad d6 54 29 7a 01 98 cb 12 29 0e 2e 2d 7f b5 e4 52 1d a0 b3 5f fb 3c de c8 6c 6e 38 67 ec eb bb 78 52 e7 9e c8 74 0b af 8e b2 00 84 5b c8 2f 77 6f bc eb 1b 0f 5a 8c 4b 86 49 d7 a4 cc 54 34 24 84 15 ce a1 74 ef a5 91 47 89 15 25 8a e8 d7 ee b3 47 2e 2c f5 3f f6 18 6d 9e 9b 6e 2a 0f cb ac b7 5f 72 14 40 be ab 35 de 00 db d4 25 15 29 e9 d4 e6 fe f7 9c 92 f7 a5 64 7b 84 6e a1 07 03 79 2d bf 3a 25 70 f8 cf ee 23 95 9e				
Validación OCSP	Fecha (UTC / Ciudad de México)	24/06/2021T14:27:21Z / 24/06/2021T09:27:21-05:00			
	Nombre del emisor de la respuesta OCSP	OCSP de la Suprema Corte de Justicia de la Nación			
	Emisor del certificado de OCSP	AC de la Suprema Corte de Justicia de la Nación			
	Número de serie del certificado OCSP	706a6673636a6e00000000000000000000001b34			
Estampa TSP	Fecha (UTC / Ciudad de México)	24/06/2021T14:27:21Z / 24/06/2021T09:27:21-05:00			
	Nombre del emisor de la respuesta TSP	TSP FIREL de la Suprema Corte de Justicia de la Nación			
	Emisor del certificado TSP	AC de la Suprema Corte de Justicia de la Nación			
	Identificador de la secuencia	3926947			
	Datos estampillados	4880AF2AFBF5EB06F6B094F1D59D79CB3ED2ACAF0090AC1CD3B0F58D19F96D04			