



# PERIÓDICO OFICIAL

ÓRGANO DE DIFUSIÓN OFICIAL DEL GOBIERNO  
CONSTITUCIONAL DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE TABASCO.



TABASCO

CARLOS MANUEL MERINO CAMPOS  
Gobernador Interino  
Del Estado Libre y Soberano de Tabasco

GUILLERMO ARTURO DEL RIVERO LEÓN  
Secretario de Gobierno

23 DE MARZO DE 2022

PUBLICADO BAJO LA RESPONSABILIDAD DE LA SECRETARÍA DE GOBIERNO  
Registrado como correspondencia de segunda clase con fecha  
17 de agosto de 1926 DGC Núm. 0010826 Características 11282816



No.- 6299

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN**SEÑOR MAESTRO  
GUILLERMO ARTURO DEL RIVERO LEÓN  
SECRETARIO DE GOBIERNO  
DEL ESTADO DE TABASCO  
P R E S E N T E**SECRETARÍA GENERAL DE ACUERDOS  
OFICIO NÚM. SGA/MAAS/306/2022

Por instrucciones del señor Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y a fin de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 44, párrafo segundo, de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y conforme a lo determinado en el punto resolutivo sexto de la sentencia dictada el siete de junio de dos mil veintiuno por el Tribunal Pleno en la acción de inconstitucionalidad 16/2016, promovida por la Procuraduría General de la República, le envío con el objeto de que se publique en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Tabasco copia certificada de dicha resolución y de los votos concurrente de la señora Ministra Yasmín Esquivel Mossa, particular de la señora Ministra Yasmín Esquivel Mossa y particulares y concurrentes de los señores Ministros Juan Luis González Alcántara Carrancá, Alberto Pérez Dayán y Presidente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, formulados en relación con esa ejecutoria, así como su versión electrónica.

En virtud de lo anterior y en términos de lo establecido en el artículo 46<sup>1</sup> de la mencionada Ley Reglamentaria, le solicito su valioso apoyo para que una vez que se difunda esa determinación, remita a este Alto Tribunal un ejemplar del mencionado Periódico, con el fin de contar con los elementos necesarios para determinar que se encuentra debidamente cumplida.

Reitero a usted las seguridades de mi atenta y distinguida consideración.

Ciudad de México, a 1° de marzo de 2022

A T E N T A M E N T E

LIC. RAFAEL COELLO CETINA

RCC/maas/mcps/deg

<sup>1</sup> ARTICULO 46. Las partes condenadas informarán en el plazo otorgado por la sentencia, del cumplimiento de la misma al Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien resolverá si aquella ha quedado debidamente cumplida.







SECRETARIA DE  
JUSTICIA DE  
SECRETARIA GENERAL



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

FORMA A-55

**ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016.  
PROMOVENTE: PROCURADURÍA GENERAL DE LA  
REPÚBLICA.**

**PONENTE: MINISTRA NORMA LUCÍA PIÑA HERNÁNDEZ  
SECRETARIOS: DANIEL ÁLVAREZ TOLEDO  
NATALIA REYES HEROLES SCHARRER**

**VoBo  
Ministra**

Ciudad de México. Acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente a la sesión de siete de junio de dos mil veintiuno.

**SENTENCIA**

Que se emite en la Acción de Inconstitucionalidad 16/2016, promovida por la Procuradora General de la República.

**RESULTANDO**

- PRIMERO. Presentación de la demanda.** Por escrito presentado el quince de febrero de dos mil dieciséis, en la Oficina de Certificación Judicial y Correspondencia de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, Arely Gómez González, Procuradora General de la República 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 trece de enero de dos mil dieciséis.

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

2. **SEGUNDO. Conceptos de invalidez.** La Procuradora General de la República hizo valer los siguientes conceptos de invalidez:
3. **1.1. 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.**
4. El artículo 380 Bis del Código Civil para el Estado de Tabasco, viola los artículos 73, fracción XVI; 4, 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, toda vez que regula cuestiones propias de la materia de salubridad general, respecto de la cual el Congreso de la Unión tiene la facultad exclusiva.
5. Sostiene que el Congreso de la Unión expidió la Ley General de Salud, de cuyos artículos 3, fracción XXVI; 313, fracciones I y III; 314, fracciones I, VI y XIV, y 318, se desprende que:
  - a) La salubridad general incluye, entre otros, todo lo relativo al control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes y células.
  - b) Es competencia de la Secretaría de Salud el control y la vigilancia de la disposición y trasplantes de órganos, tejidos y células de seres humanos, así como establecer y dirigir las políticas de salud en materia de donación, procuración y trasplante de tejidos, órganos y células.
  - c) Para efectos de la Ley General de Salud en materia de donación, procuración y trasplante de órganos, tejidos y células, dentro del



SECRETARÍA DE  
SALUD



FORMA A-55

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

concepto genérico de "células", debe comprenderse a las células germinales<sup>1</sup>.

d) Por donador se entiende al que tácita o expresamente consiente la disposición en vida, o para después de su muerte, de su cuerpo o de sus órganos, tejidos y células.

e) Se entiende por trasplante a la transferencia de un órgano, tejido o células de una parte del cuerpo a otra, o de un individuo a otro y que se integren al organismo; y

f) Para el control sanitario de la disposición de las células germinales se estará a lo dispuesto en la Ley General de Salud.

6. La accionante sostiene que la Ley General de Salud prevé una regulación en materia de células germinales, tema que se incardina en el ámbito de la salubridad general y, por tanto, de desarrollo legislativo *exclusivo* para el Congreso de la Unión, ya sea en la propia Ley General de Salud, o bien, en las disposiciones generales que al efecto se expidan.

7. **1.2. Inconstitucionalidad del artículo 380 Bis, párrafo tercero, del Código Civil para el Estado de Tabasco, por violación a los principios de seguridad y legalidad jurídica.**

8. La Procuradora General de la República señala que dicha porción normativa vulnera los artículos 14 y 16 constitucionales, por generar *inseguridad jurídica*, pues, por un lado, establece que el consentimiento expresado en vida por algún cónyuge o por algún concubino, para que sus gametos puedan

<sup>1</sup> Es decir, a las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión. "Artículo 314 de la Ley General de Salud. Para efectos de este título se entiende por: I. Células germinales, a las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión; [...]"

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

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 las formas, circunstancias, requisitos, restricciones y prohibiciones previstas en la Ley General de Salud.

9. Con esta regulación, la accionante sostiene que el legislador del Estado de Tabasco violenta el marco constitucional por triple vía, a saber: (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”, no sólo desatiende a lo señalado por la Ley General de Salud, sino que incluso la contradice, toda vez que el consentimiento que regula la referida Ley General exige mayores requisitos y, por tanto, se genera una violación al artículo 133 constitucional; y (iii) derivado de la invasión de facultades, la regulación normativa impugnada genera incertidumbre jurídica, tanto para los operadores jurídicos que aplicarán la norma, como para los destinatarios de la misma.

10. **2.1. Inconstitucionalidad del artículo 380 Bis 3, quinto párrafo, del Código Civil para el Estado de Tabasco, por vulneración a los principios del interés superior del menor, legalidad y seguridad jurídica.**

11. El artículo 380 Bis 3, quinto párrafo, del Código Civil para el Estado de Tabasco, en la parte que establece 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...*”; viola los artículos 1º, primer párrafo, en



FORMA A-55

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

relación con el 9.1 de la Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño; y 4, párrafos primero y noveno, en relación con los diversos 14, párrafo segundo y 16, párrafo primero, de la Constitución General.

12. Pues permite, en el caso de la gestante sustituta o su cónyuge, demandar la paternidad o maternidad en caso de la muerte o incapacidad del padre 'o' madre contratantes para lograr la custodia del producto del ~~nasciturus~~; aspecto que, en su concepto, violenta el interés superior del menor en relación con el derecho a no ser separado de las personas que ejerzan la patria potestad; lo anterior, pues al establecer "*en caso de la muerte o incapacidad del padre o madre contratantes*", utilizando la conjunción 'o' en lugar de emplear la conjunción 'y', posibilita que si uno sólo de los cónyuges contratantes queda incapacitado o muere, el otro queda excluido del ejercicio de la patria potestad, dándole la oportunidad a la gestante sustituta o a su cónyuge, para demandar la paternidad o maternidad.
13. De esta forma, el hecho de que la norma impugnada determine que el padre o la madre contratante que no haya quedado incapacitado o que no haya muerto, sea relegado en tratándose del ejercicio de los derechos derivados de la paternidad, para que sea preferida la gestante sustituta, se configura no sólo en una violación al interés superior del menor, sino que violenta los derechos de legalidad y seguridad jurídica reconocidos en los artículos 14 y 16 constitucionales, en la medida de que contradice las reglas que el mismo Código Civil para el Estado de Tabasco establece para resolver este tipo de conflictos.
14. A modo de ejemplo, la accionante precisa que de acuerdo al artículo 427 de dicho Código, cuando la patria potestad se ejerza por el padre y la madre, si alguno de ellos deja de ejercerla, quien quede, continuará en el ejercicio de esta función, lo cual, de acuerdo a la norma impugnada no acontecería, ya

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

que la sola incapacidad o muerte de *uno* de ellos, genera la posibilidad de que la gestante sustituta o su cónyuge demanden la maternidad o paternidad.

15. En suma, la Procuradora General de la República sostiene que de acuerdo a los artículos 425 y 426 del propio Código Civil para el Estado de Tabasco, solamente 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, no sólo es contradicho por el precepto impugnado, debido a que utiliza una conjunción diversa, sino porque da preferencia a la mujer gestante en relación con los abuelos paternos o maternos.
16. De esta forma, la accionante sostiene que el precepto combatido no sólo genera inseguridad jurídica, sino que resulta violatorio del principio contenido en el párrafo primero del artículo 4º constitucional, el cual señala que la ley protegerá la organización y el sano desarrollo de la familia, toda vez que ante la incapacidad o muerte del padre o la madre, en lugar de reconocer la patria potestad de quienes sí poseen alguna ascendencia biológica sobre el *nasciturus* (cónyuge o concubino supérstite, o abuelos maternos o paternos), opta por preferir a la gestante sustituta o a su cónyuge, quienes no tienen parentesco o lazo familiar con el menor concebido.
17. La Procuradora General de la República sostiene que la norma impugnada colisiona con las reglas ordinarias que el mismo Código Civil contempla para el ejercicio de la patria potestad y considera que se violentan los derechos humanos a la legalidad y seguridad jurídica contemplados en los artículos 14 y 16 constitucionales, en la medida de que, ni los operadores jurídicos, ni los destinatarios de la norma, tendrán certeza de cuáles serían las aplicables para resolver este tipo de casos.
18. Así, la accionante solicita se declare la inconstitucionalidad del quinto párrafo del artículo 380 Bis 3 del Código Civil para el Estado de Tabasco, con la



FORMA A-55

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

indicación de que, en caso de ser fundada dicha invalidez, no existiría el riesgo de generar una laguna normativa, precisamente porque el Código Civil local contiene las normas para resolver los problemas que pudieran surgir ante hipótesis como la aquí mencionada.

19. **3.1. Inconstitucionalidad del artículo 380 Bis 3, párrafos cuarto y sexto, del Código Civil para el Estado de Tabasco, por contrariar el principio constitucional de igualdad de género.**
20. El artículo 380 Bis 3, párrafos cuarto y sexto, del Código Civil para el Estado de Tabasco, 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...", violan los artículos 1º, primer párrafo y 4, párrafo primero, ambos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 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 de Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
21. Asegura que dichas porciones normativas son inconstitucionales porque: **a)** en ellas se prohíbe como regla general 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 la prohibición anterior, se regula una dispensa como excepción consistente en que la mujer pueda donar el componente genético para la fecundación *in vitro* (el óvulo) o incluso que porte el producto fecundado (sea para intervenir como gestante sustituta o subrogada), si media conocimiento

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

del cónyuge o concubino, así como su correspondiente autorización al momento de suscribir el contrato de gestación.

22. En este tenor, sostiene que los preceptos impugnados ponen en entredicho una serie de derechos sustantivos consagrados en la Constitución a favor de la mujer y desconoce los avances que en materia de la igualdad de género ha tenido el Estado Mexicano, en tanto que el legislador estatal 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 hacia su cónyuge, que riñe con el mandato constitucional previsto en el artículo 4º.
23. La accionante sostiene que se contraviene dicho precepto de la Constitución General, en la medida de que crea una relación de sujeción de la mujer hacia el hombre en relación con las decisiones sobre su propio cuerpo; en particular, el de intervenir en un procedimiento que en esas circunstancias de tiempo (menos de 365 días) y modalidad (que exceda el límite de dos veces consecutivas) estaría otrora prohibido por el artículo de mérito a efecto de proteger a la mujer, habilitando dispensa de tales prohibiciones y con ello la celebración de este acto en virtud de la existencia del conocimiento y autorización del cónyuge o concubino.
24. Sostiene que tal disposición se opone frontalmente al derecho humano 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, consagrados en el artículo 6.b de la Convención Belém do Pará y en el diverso 5.a de la Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
25. De forma tal que las porciones normativas impugnadas poseen un mensaje estigmatizador en la medida de que reservan al hombre, una decisión



FORMA A-55

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

perteneciente a la esfera privada de la mujer (la manera en la que dispone sobre su cuerpo) y lo que es más, lo habilita para generar la dispensa de los límites que el propio legislador local estableció en favor de las mujeres gestantes, perpetuando así una noción ya superada en el desenvolvimiento de las relaciones entre mujer y hombre.

26. Aduce que, con normas como la impugnada, se restringe el derecho a la igualdad que debe materializarse entre cónyuges y concubinos, y se desatiende gravemente 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.

27. Por lo que el legislador local, al establecer prohibiciones que tienden a tutelar a la mujer y a que ésta no se vea por ningún motivo mediatizada o explotada con fines reproductivos, cumple su labor de tutelar con sus actos y decisiones los derechos humanos; pero luego, al arrogarle la dispensa de tales prohibiciones al cónyuge o concubino, genera una relación claramente violatoria a la dignidad de la mujer y, sobre todo, a la igualdad jurídica de ésta en relación con los hombres, perpetuando así un estereotipo y un mensaje estigmatizador de subordinación e inferioridad de la mujer en relación con el hombre.

28. **4.1. Omisión legislativa relativa en ejercicio de una competencia potestativa.**

29. La accionante aduce que el legislador del Estado de Tabasco incurrió en una omisión legislativa relativa en competencia de ejercicio potestativo, dado que si bien ejerció su facultad potestativa para legislar en materia de maternidad subrogada, ello lo realizó de forma incompleta o deficiente.

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

30. La Procuradora General de la República sostiene que al preverse en el artículo 380 Bis 5 del Código Civil, los requisitos del contrato de gestación, el legislador local incurrió en una omisión legislativa, porque el Congreso del Estado de Tabasco emitió la norma de manera incompleta o deficiente, pues no reguló lo relacionado al ámbito económico de dicho contrato; es decir, el legislador al prever un capítulo *ad hoc* que denominó "Contrato de Gestación", debió indefectiblemente regular el contenido económico del mismo.
31. Después de resumir los requisitos que deben de reunir las partes para que puedan celebrar el contrato de gestación, en términos del precepto citado, la accionante sostiene que de ellos no se desprende alguno relativo a la prohibición o permisión y consecuente regulación, de que la gestante reciba algún pago o contraprestación de carácter económico por parte de los contratantes, aspecto que actualiza la omisión legislativa invocada.
32. La Procuradora General de la República sostiene que dicha omisión tiene un impacto directo en los derechos reconocidos en los artículos 14 y 16 de la Constitución General, lo cual, dicho sea de paso, afecta el interés superior del menor, toda vez que la incertidumbre jurídica alegada no haría sino generar problemáticas respecto al cumplimiento e incumplimiento del contrato de gestación, lo que redundará directamente en los derechos de los menores que serán concebidos bajo este procedimiento científico.
33. 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.
34. **TERCERO. Preceptos violados.** La Procuradora General de la República señaló que las normas impugnadas violan los artículos 1º, 4, 14, 16, 73,



FORMA A-05

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

fracción XVI y 133, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; así como de diversas normas de derecho internacional.

35. **CUARTO. Admisión y trámite de la demanda.** El dieciséis de febrero de dos mil dieciséis, el Ministro Presidente de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ordenó formar y registrar el expediente relativo a la acción de inconstitucionalidad 16/2016 y designó a la Ministra Norma Lucía Piña Hernández, como instructora del asunto.
36. El dieciocho de febrero dos mil dieciséis, la Ministra instructora admitió a trámite la demanda y dio vista a los Poderes Legislativo y Ejecutivo del Estado de Tabasco para que rindieran sus respectivos informes; asimismo, requirió el envío de los antecedentes legislativos y los ejemplares del Periódico Oficial de la Entidad en el que se publicaron las normas controvertidas.
37. **QUINTO. Informes.** Las autoridades demandadas rindieron sus informes al tenor de lo siguiente:
38. **Congreso del Estado de Tabasco.** Por oficio HCE/JCP/0164/2016, de dieciséis de marzo de dos mil dieciséis, José Antonio Pablo de la Vega Asmitia, representante legal del Congreso del Estado de Tabasco, rindió informe en el que aceptó los actos que se le atribuyeron. 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 gestación 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 Procuradora General de la República.

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

39. **Gobernador del Estado.** Mediante oficio CGAJ/2102/2016, de diez de marzo de dos mil dieciséis, Juan José Peralta Fócil, Titular de la Coordinación General de Asuntos Jurídicos del Poder Ejecutivo del Estado de Tabasco y representante jurídico del Gobernador Constitucional de esa Entidad Federativa, rindió informe en el que aceptó los actos que se le atribuyeron. Al respecto, manifestó 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, en términos del artículo 124 constitucional.
40. Al contestar los conceptos de invalidez, sostuvo que el artículo 380 Bis, párrafo quinto, del Código Civil para el Estado de Tabasco no es contrario al interés superior de la niñez ni causa inseguridad jurídica; que el artículo 380 Bis 3, párrafos cuarto y sexto, del mismo Código, no atenta contra la dignidad y derechos de las mujeres; y finalmente, que resulta inoperante la pretensión de la Procuradora General de la República cuando establece una omisión en regular lo relacionado al ámbito económico del contrato de gestación.
41. **SEXTO. Cierre de instrucción.** Mediante acuerdo de veinticinco de abril de dos mil dieciséis, la Ministra Norma Lucía Piña Hernández cerró la instrucción.
42. **SÉPTIMO. Amicus curiae.** En proveídos de quince y veinticuatro de octubre de dos mil dieciocho, se recibieron los Amicus Curiae que presentaron el Colegio de Bioética, Asociación Civil, y el Grupo de Información en Reproducción Asistida, Asociación Civil (GIRE).

**CONSIDERANDO**

43. **PRIMERO. Competencia.** Este Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es competente para resolver la presente acción de inconstitucionalidad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 105,



## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

fracción II, inciso c), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 10, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, así como con el punto segundo, fracción II, del Acuerdo General Plenario 5/2013, toda vez que la Procuradora General de la República plantea la posible contradicción entre normas del Código Civil para el Estado de Tabasco y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como diversos tratados internacionales.

44. **SEGUNDO. Oportunidad.** Se impugna el Decreto 265 por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Tabasco, específicamente, los artículos 380 Bis, párrafo tercero y 380 Bis 3, párrafos cuarto, quinto y sexto.
45. El Decreto fue publicado el trece de enero de dos mil dieciséis en el Periódico Oficial de dicha entidad federativa<sup>2</sup> por lo que el plazo de treinta días naturales establecido en el artículo 60 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Federal,<sup>3</sup> transcurrió del jueves catorce de enero del lunes quince de febrero de dos mil dieciséis<sup>4</sup>. Por tanto, si el escrito en el que se impugnó dicho Decreto fue presentado el quince de febrero de dos mil dieciséis (último día del plazo) en la Oficina de Certificación Judicial y Correspondencia de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, su presentación se realizó de manera oportuna.
46. **TERCERO. Legitimación.** La demanda la suscribió Arely Gómez González, en su carácter de Procuradora General de la República, lo que acreditó con

<sup>2</sup> Fojas 224 a 231 del presente expediente.

<sup>3</sup> "Artículo 60. El plazo para ejercitar la acción de inconstitucionalidad será de treinta días naturales contados a partir del día siguiente a la fecha en que la ley o tratado internacional impugnado sean publicados en el correspondiente medio oficial. Si el último día del plazo fuese inhábil, la demanda podrá presentarse el primer día hábil siguiente. --- En materia electoral, para el cómputo de los plazos, todos los días son hábiles".

<sup>4</sup> Descontándose para tal efecto el día doce de febrero de dicha anualidad de conformidad con el Acuerdo General 18/2013, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

la copia certificada de su designación en ese cargo por parte del Presidente de la República.<sup>5</sup>

47. De acuerdo con lo previsto por el artículo 105, fracción II, inciso c), de la Constitución Federal<sup>6</sup>, la Procuradora General de la República puede promover acción de inconstitucionalidad en contra de leyes de carácter federal, estatal y de la Ciudad de México, por lo que si en el caso se plantea la inconstitucionalidad del Decreto 265, por el que se adicionaron diversas disposiciones del Código Civil para el Estado de Tabasco, resulta que la accionante cuenta con legitimación para hacerlo.
48. **CUARTO. Improcedencia.** Las autoridades emisora y promulgadora de la norma impugnada no hicieron valer causas de improcedencia, ni este Tribunal Pleno advierte de oficio que se actualice alguna; por lo tanto, se procede al análisis de los conceptos de invalidez planteados.
49. **QUINTO. Estudio.** El problema jurídico a resolver en la presente acción de inconstitucionalidad se refiere a una práctica diseminada a nivel nacional e internacional que ha suscitado diversas interrogantes en el plano de la ética, la moral, la política y el derecho; nos referiremos a la *Gestación por Sustitución*.
50. A este proceso científico suele denominársele con distintas expresiones; por ejemplo, en la literatura consultada se le identifica como renta de útero, vientre o matriz; préstamo de vientre o vientre/útero prestado; vientre sustituto; útero de alquiler; alquiler de vientres; maternidad subrogada o

<sup>5</sup> Visible a fojas 61 y 62 del expediente.

<sup>6</sup> "**Artículo 105.** La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señala la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes: [...] II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución. --- Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por: [...] c) **El Procurador General de la República, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal**, así como de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano; [...]"



FORMA A-55

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

sustituida; maternidad por subrogación o por sustitución; subrogación de vientre o subrogación de útero; subrogación gestacional; gestación subrogada; gestación por sustitución; vientre o útero subrogado; arrendamiento de vientre; embarazo subrogado o embarazo de alquiler.<sup>7</sup>

51. Las expresiones “vientre subrogado o de alquiler”, “de renta o prestado”, traen aparejadas cargas de subjetivismo al tomar al vientre o útero como un objeto susceptible de comercializarse; igualmente, el término de “maternidad subrogada” podría no ser el adecuado, puesto que no se subroga la maternidad, lo que se subroga, en todo caso, es la capacidad de gestar.
52. Por tanto, para efectos de esta sentencia, se hablará de **gestación por sustitución**, ya que es el útero donde se desarrolla la gestación, no el vientre; además, la mujer que accede a llevar una gestación por sustitución, proporciona algo más que una parte de su cuerpo, es decir, proporciona su capacidad gestacional y con ello compromete todo su cuerpo y hasta un modo de vida especial durante el tiempo que dure la gestación.<sup>8</sup>
53. Esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, como Máximo Tribunal Constitucional de México, considera conveniente poner en contexto la problemática y complejidad nacional e internacional que rodea al caso. En efecto, las exigencias derivadas de los derechos que se ven imbricados en el tema, obligan a este Tribunal Constitucional a trazar un cuadro de las cuestiones conceptual-axiológico-jurídicas asociadas a esta técnica de reproducción asistida.

<sup>7</sup> Se consultaron principalmente las siguientes: *Derecho a la Identidad y Reproducción Humana Asistida Heteróloga* (Analucía Torres Flor, Universidad Católica de San Pablo, Arequipa, Perú 2014); *Técnicas de Reproducción Asistida. Sus repercusiones en el derecho de familia* (Editorial Porrúa, México 2015); *Biolavoro Legale, Corpe e Nuova Manodopera* (A. Balzano (Trad.It), DeriveApprodi, Roma, 2015); *The Body and the Reproduction of Femininity: A Feminist Appropriation of Foucault, in Gender Body Knowledge. Feminist reconstruction of being and Knowing*, M. Alison Jaggar, S. R. Bordo (a cura di), Rutgers university Press, New Brunswick, 1989.

<sup>8</sup> Amicus Curiae presentados por el Colegio de Bioética, A.C. y por el Grupo de Información en Reproducción Asistida, A.C. (GIRE).

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

54. Por tal motivo, la presente sentencia será desarrollada en dos grandes apartados: en el primero, denominado “La Gestación por Sustitución”, se expondrá un marco teórico de la regulación nacional e internacional del tema; y en el segundo, se resolverá el caso concreto, a partir de los conceptos de invalidez planteados por la Procuradora General de la República.

**APARTADO I**  
**Gestación por Sustitución**

55. La evolución del modelo de familia ha ido a la par del avance científico que se desarrolla en el ámbito de los derechos reproductivos; estos avances, aplicados a las técnicas de reproducción asistida (TRA<sup>9</sup>), han puesto en jaque antiguos paradigmas que cuestionan materias como la maternidad, la paternidad y la filiación.
56. De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS) la gestación por sustitución es calificada como una técnica de reproducción asistida que se da cuando una mujer lleva el embarazo para posteriormente entregar al niño al o los contratantes.<sup>10</sup>
57. Por ese y otros motivos, la gestación por sustitución forma parte de uno de los temas bioéticos más controvertidos por su carácter disruptivo sobre el

<sup>9</sup> En la mayoría de la doctrina consultada se hace referencia a las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) y en menor medida se refieren a ellas con el término Técnica de Reproducción Humana Asistida (TRHA); así, más allá del debate científico o académico que pudiera surgir en torno a la forma en cómo deberían ser identificadas, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación se referirá a ellas con las siglas **TRA**, tal como lo contempla el *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida*, en la versión revisada por el *International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology* y la Organización Mundial de la Salud.

<sup>10</sup> *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida*, en la versión revisada por el *International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology* y la Organización Mundial de la Salud.



FORMA A-05

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

modo en que la creación humana y las consecuentes relaciones de maternidad y filiación han sido entendidas y reguladas en la actualidad.<sup>11</sup>

58. Las posibilidades que ofrece el uso de las TRA son muchas; ante ello, algunos países han optado por una gran variedad de enfoques respecto a la gestación por sustitución, sin que exista hasta el momento, en el ámbito internacional, una posición clara respecto al tipo de regulación que debe adoptarse, es decir, no hay un consenso sobre si esta técnica debe regularse o no, o en su caso, si debe permitirse o prohibirse.

59. Ejemplo de ello es el caso *Menesson vs. Francia*<sup>12</sup>, en el cual el Tribunal Europeo de Derechos Humanos advirtió que no existía en Europa un consenso sobre la legalidad de los contratos de subrogación o la legalidad del reconocimiento de filiación entre los padres intencionales y los niños concebidos a través de dicha técnica; reconociendo por ello que, en principio, los Estados tienen un amplio *margen de apreciación*, no solo para autorizar o no este método de reproducción asistida, sino también para reconocer la filiación legal entre los niños concebidos como resultado de la misma, con los padres intencionales.

60. El criterio anterior se utilizó por el Tribunal Europeo como parámetro para emitir la opinión consultiva número P16-2018-001, en la que resolvió que el derecho del niño al respeto de la vida privada requiere que la legislación nacional proporcione la posibilidad de reconocimiento de una relación legal con sus padres intencionales. Se precisó que lo anterior no implica que dicho reconocimiento se materialice en la inscripción en el registro de nacimientos, matrimonios y defunciones de los datos del certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero, sino que se puede utilizar otro medio,

<sup>11</sup> Cfr. Antonio J. Vela Sánchez, *Gestación por Encargo: Tratamiento Judicial y Soluciones Prácticas. La cuestión jurídica de las madres de alquiler*. Editorial Reus, S.A., Madrid 2015.

<sup>12</sup> *Menesson vs. Francia* párr. 78 y 79.

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

como la adopción del niño por la futura madre, siempre que el procedimiento establecido por la legislación nacional garantice que se aplique con rapidez y eficacia, de conformidad con el interés superior del niño.<sup>13</sup>

61. En nuestro país tampoco hay una *política nacional* que rija la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, en particular modo, no existe una ley general que regule a los profesionales de la salud en la realización de estos procedimientos, a pesar de que, como se dijo, el uso de las técnicas de reproducción asistida son una realidad imperante.<sup>14</sup>
62. En efecto, en México no se ha emitido *ninguna* regulación que, en este escenario particular, fije las reglas para el acceso a la gestación por sustitución; han sido los legisladores locales quienes, como se verá *infra*, han incluido en los códigos civiles o familiares alguna regulación al respecto, en específico, han legislado de forma disímil las consecuencias civiles derivadas del uso de estas técnicas. Este Alto Tribunal subraya que, a diferencia de lo que sucede en países con regímenes centralizados, el escenario de desregulación en México es particularmente complejo, pues atendiendo a las diversas materias que abarca el contrato de gestación por sustitución convergen el ejercicio de competencias federales y locales.
63. Por tales motivos, este Tribunal Pleno procederá a realizar un ejercicio comparativo, a partir de una visión integradora de las normas nacionales y, sobre todo, habrá de dialogar con legislaciones y criterios internacionales y convencionales que tienen relación con la materia que aquí se estudiará.

<sup>13</sup> Véase: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22003-6380464-8364383%22%5D%7D> página visitada el veintitrés de agosto de dos mil veintiuno, a las nueve horas con cincuenta y siete minutos.

<sup>14</sup> Véase, por ejemplo: EL PAÍS. Los vacíos legales en México sobre reproducción asistida. Edición del 9 de noviembre de 2016. [https://elpais.com/internacional/2016/10/06/mexico/1475720684\\_972480.html](https://elpais.com/internacional/2016/10/06/mexico/1475720684_972480.html) CRÓNICA. México a la vanguardia en técnicas de reproducción asistida. Edición del 19 de enero de 2018. <http://www.cronica.com.mx/notas/2018/1061382.html> LA JORNADA. Urge legislar sobre el uso de técnicas de reproducción asistida. [http://www.jornada.com.mx/2004/01/05/articulos/65\\_repr\\_asis.htm](http://www.jornada.com.mx/2004/01/05/articulos/65_repr_asis.htm)



FORMA A-55

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

**A. DERECHOS REPRODUCTIVOS.**

64. Los *derechos reproductivos* constituyen un nuevo campo de la normatividad nacional e internacional; han sido confirmados en la Conferencia Nacional de Población y Desarrollo de la Organización de las Naciones Unidas (El Cairo, 1994) y en la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer de la misma organización internacional (Pekín, 1995); en ellas se trataron temas referidos a derechos sexuales y reproductivos, a las acciones para mejorar la situación de las niñas, el estatus de la mujer, la situación de los adolescentes y la igualdad de género, como componentes básicos para mejorar la salud sexual y reproductiva de la población.<sup>15</sup>
65. El término *derechos reproductivos* designa al conjunto de derechos humanos que inciden sobre la reproducción humana, así como aquellos que afectan el binomio población-desarrollo sostenible. En el esfuerzo por conceptualizar a los derechos reproductivos como derechos humanos, se ha precisado que la salud sexual y reproductiva es fundamental para las personas, las parejas y las familias, así como para el desarrollo social y económico de las naciones.<sup>16</sup>
66. Desde un enfoque con perspectiva de género, los derechos reproductivos no deben estar centrados solamente en la familia, sino que en aras de lograr un planteamiento integral de la reproducción, será indispensable atender a la salud de la mujer como elemento toral de los derechos reproductivos.<sup>17</sup>
67. En efecto, aunque la titularidad de los derechos reproductivos es compartida por hombres y mujeres, la vigencia de los derechos reproductivos es de

<sup>15</sup> RAMÍREZ BARBA, ÉCTOR JAIME Y VÁZQUEZ GUERRERO, MIGUEL ÁNGEL. *Reproducción Asistida. Aspectos médicos, científicos, técnicos y bioéticos*, en Normativa en Bioética, Derechos Humanos, Salud y Vida, (coord. Gabriel García Colorado), México, Trillas, 2009, pp. 73 y 81.

<sup>16</sup> INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Reproducción Asistida, Género y Derechos Humanos en América Latina*, San José, Costa Rica, 2008, p.p. 20 26.

<sup>17</sup> *Ídem*, página 28.

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

particular importancia para las mujeres, dado que la determinación de procrear o abstenerse de hacerlo incide directamente sobre su proyecto de vida, pues es en sus cuerpos en donde tiene lugar la gestación.<sup>18</sup>

**B. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.**

68. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la decisión de tener hijos a través del acceso a las TRA forma parte del ámbito de los derechos a la integridad y libertad personales, así como a la vida privada y familiar; además, la forma cómo se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona, tanto en su dimensión individual como de pareja.<sup>19</sup>
69. Esta Suprema Corte de Justicia de la Nación también ha reconocido que la decisión de tener hijos a través de las técnicas de reproducción asistida es parte del ámbito de los derechos a la integridad y libertad personales, así como a la vida privada y familiar de las personas.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> El artículo 5º de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer obliga a los Estados Partes a tomar 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; b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos". Por su parte, el artículo 16 de la misma, obliga a los estado partes a adoptar "todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial (subrayado fuera de texto).

<sup>19</sup> CORTE IDH. Caso *Artavia Murillo y Otros ("Fecundación In Vitro") Vs Costa Rica*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012, párrafo 272.

<sup>20</sup> Ver Tesis 1a. LXXVI/2018 (10a.), de la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, registro digital 2017232, de rubro: "DERECHO A LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA. FORMA PARTE DEL DERECHO A DECIDIR DE MANERA LIBRE, RESPONSABLE E INFORMADA, SOBRE EL NÚMERO Y EL ESPACIAMIENTO DE SUS HIJOS, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS". Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández.



FORMA A-95

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

## PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

70. Por su parte, la OMS ha resaltado que cada individuo o pareja es libre en su decisión de tener hijos, cuántos y con qué frecuencia; para tal efecto, pueden intentar métodos sencillos o avanzados de reproducción, como la fertilización *in vitro*. Tales tratamientos son innovadores desde el punto de vista científico y han revolucionado los conceptos de identidad generacional y de familia.<sup>21</sup>
71. Las TRA se constituyen como un conjunto de procedimientos que pueden reemplazar o colaborar en uno o más procesos naturales, necesarios para la gestación<sup>22</sup>. Son todos aquellos procedimientos que facilitan la interacción entre gametos (masculino y femenino), que incrementan la posibilidad del embarazo; constituyen la asistencia médica prestada para facilitar la fecundación de la mujer mediante el empleo de diversas técnicas científicas, dando paso a la gestación y posterior nacimiento de un niño; asimismo, se les ha identificado como un grupo de tratamientos médicos utilizados para ayudar a las mujeres a lograr un embarazo.<sup>23</sup>
72. Desde un enfoque con perspectiva de género, la OMS ha establecido que, si bien el papel y la condición de la mujer en la sociedad no deberían ser definidos sólo por su capacidad reproductiva, la feminidad es conceptualizada muchas veces a través de la maternidad.
73. En estas situaciones, el sufrimiento personal de la mujer infecunda es exacerbado y puede conducir a la inestabilidad del matrimonio, a la violencia doméstica, a la estigmatización e incluso al ostracismo<sup>24</sup>; consecuentemente, aunque la imposibilidad de procrear puede afectar tanto a hombres como a

<sup>21</sup> Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida. Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS). 2010.

<sup>22</sup> INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina*, San José Costa Rica, 2008, pág. 11

<sup>23</sup> Ver párrafos 117 y 118 del Amparo Directo en Revisión 2766/2015 resuelto por unanimidad de votos por la Primera Sala de este Alto Tribunal en sesión de 12 de julio de 2017.

<sup>24</sup> Preámbulo, *Current Practices and Controversies in Assisted Reproduction: Report of the meeting on "Medical, Ethical and Social Aspects of Assisted Reproduction"*, Ginebra: OMS (2002) XV-XVII al XV.

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

mujeres, la utilización de las TRA se relaciona especialmente con el cuerpo de la mujer.

74. En conclusión, las técnicas de reproducción asistida se constituyen como todos aquellos tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de *ovocitos* como de *espermatozoides* o *embriones* humanos para el establecimiento de un embarazo; esto incluye, entre otros, la fecundación *in vitro*, la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el *útero o gestación por sustitución*.<sup>25</sup>

**C. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN<sup>26</sup>.**

75. La gestación por sustitución se refiere al proceso a través del cual una mujer intencionalmente se embaraza sin pretender conservar al recién nacido<sup>27</sup>; se entiende como la práctica en la que una persona del sexo femenino gesta a un ser humano, previo pacto o compromiso, mediante el cual tiene que ceder

<sup>25</sup> Definición tomada del Glosario de terminología... *ibidem*.

<sup>26</sup> *Referente histórico*.- El primer acuerdo de maternidad subrogada que se conoce se originó en Estados Unidos de Norteamérica en 1976, pero hasta 1985 se puso el tema a escrutinio social con el "Caso Baby M"; en este caso, el matrimonio de William y Elizabeth Stern contrató en 1984 con Mary Beth Whitehead para que ésta fuera inseminada artificialmente con el esperma de William, gestara y diera luz a un niño que debía entregarse a la pareja encargante, todo por un precio de diez mil dólares americanos. Whitehead se negó a entregar a la niña nacida y huyó a Florida. En julio de 1985, la policía la arrestó y entregó a la niña a los Stern. Whitehead demandó para que se reconociera su paternidad y se le entregara la custodia de la niña. El Tribunal de Primera Instancia denegó la demanda por entender que el contrato debía cumplirse. La Corte Superior de Nueva Jersey sostuvo igualmente que el contrato era ejecutable y que los Stern podían adoptar a la niña. No obstante, la Suprema Corte revocó la sentencia de apelación, consideró que el contrato era nulo, y declaró que Whitehead era la madre de la niña, pero entregó la custodia a su padre, William Stern. En todo caso, estimó improcedente la adopción por parte de los Stern. *In re Baby M*. 217 N.J. Super 313, 525 A.2d 1128. Sobre el caso puede verse a DOLGIN, JANET L., *Defining the Family. Law, Technology and Reproduction in an Uneasy*, New York/London, New York University Press, 1997, pp 80-93.

<sup>27</sup> STARK, BARBARA. *Transnational Surrogacy and International Human Rights Law*. ILSA Journal of International & Comparative Law, Vol. 18, No. 2, 2012, pp. 1.



FORMA A-05

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

todos los derechos sobre el recién nacido a la persona o personas que asumirán la paternidad del mismo<sup>28</sup>.

76. La OMS la entiende como el proceso donde una mujer lleva adelante un embarazo, habiendo acordado que ella entregará al niño a los padres previstos; en este caso, los gametos pueden originarse de los padres previstos y/o de terceros<sup>29</sup>. En idéntico sentido ha sido definida por la doctrina, que la identifica como el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido<sup>30</sup>.
77. Se ha distinguido entre la subrogación tradicional y la subrogación gestacional<sup>31</sup>; en la primera, la gestante sustituta contribuye con su propio óvulo que es artificialmente inseminado con el esperma, mismo que puede ser de uno de los contratantes o de un donador externo. En la subrogación gestacional, el óvulo, ya sea de la contratante o de una donadora, ya fertilizado, es implantado en el útero sustituto, es decir, la gestante no aporta su material genético<sup>32</sup>.
78. En un proceso de gestación subrogada pueden intervenir los siguientes sujetos: la *gestante*, que es la mujer que cede su capacidad de gestar, es decir, la que pone su útero a disposición de los padres que le encargaron gestar al hijo; el *padre o padres de Intención*, es la persona o la pareja que realizan el procedimiento de gestación subrogada y que tienen el deseo de

<sup>28</sup> SOUTO, B., Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del Bioderecho. Revista de ciencias jurídicas y sociales. Serie I, 2005, páginas 275-292.

<sup>29</sup> *Ibidem*. Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)...

<sup>30</sup> GÓMEZ S., YOLANDA. *El derecho a la reproducción humana*. Madrid, Marcial Pons, 1994, p. 136.

<sup>31</sup> Sociedad Americana de Medicina Reproductiva (ASRM por sus siglas en inglés) (2012). *Third party reproduction (sperm, egg, and embryo donation and surrogacy): A guide for patients*.

[http://www.asrm.org/uploadedFiles/ASRM\\_Content/Resources/Patient\\_Resources/Fact\\_Sheets\\_and\\_Info\\_Booklets/thirdparty.pdf](http://www.asrm.org/uploadedFiles/ASRM_Content/Resources/Patient_Resources/Fact_Sheets_and_Info_Booklets/thirdparty.pdf) consultado el 17 de enero de 2018.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

que el niño nazca<sup>33</sup>; y el *donante o los donantes*, que es la mujer que dona sus óvulos o el hombre que dona su esperma para hacer posible esta técnica<sup>34</sup>.

79. Un elemento esencial en un procedimiento de gestación por sustitución es el llamado contrato por subrogación, que constituye el documento por el cual una pareja o una persona, acuerdan con una mujer que ésta será la gestante por subrogación; en dicho contrato, en algunas ocasiones, se regula también el tema de la donación de óvulos o espermias, que será utilizado para llevar a cabo dicho procedimiento.

**D. REGULACIÓN INTERNACIONAL DE LA GESTACIÓN SUBROGADA.**

80. Ante las posibilidades que ofrecen los avances de la ciencia, los Estados han optado por una gran variedad de enfoques respecto a la gestación subrogada, sin que exista hasta el momento, en el ámbito internacional, una posición clara respecto al tipo de regulación que debe adoptarse. A continuación se presenta un análisis de los distintos enfoques legales adoptados por los países en relación con la figura de la *gestación por sustitución*.<sup>35</sup>

**1. PAÍSES QUE PROHÍBEN EXPRESAMENTE LOS CONTRATOS DE SUBROGACIÓN<sup>36</sup>.**

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> La fecundación in vitro, en particular, ha permitido separar el vínculo genético entre la madre sustituta y el niño, en algunos casos permitiendo la creación de un lazo genético entre los padres intencionales y el niño; es por ello que, en la gran mayoría de los casos de gestación subrogada, la madre que pone el vientre no necesariamente aporta su óvulo, recurriendo a la fecundación in vitro. HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. *A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangement*. March. 2012. Párr. 4.

<sup>35</sup> "Estudio sobre el parentesco y los problemas que surgen de los contratos de subrogación internacional", el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, 2014. Desde este Estudio, el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, ha realizado reportes en 2015 y febrero de 2016, solicitando a los Estados informen y actualicen periódicamente la información proporcionada al Consejo.

<sup>36</sup> República Dominicana, El Salvador, Finlandia, Alemania (con sanciones penales para las terceras partes que facilitan el contrato), Islandia, Filipinas, Portugal (sanciones penales si hay algún pago),



FORMA A-55

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

81. Para los países de este bloque, los acuerdos de subrogación son una violación de la dignidad del niño y de la gestante, reduciendo a los dos, a meros objetos de contratos. En la mayoría de estos países, intervenir en un procedimiento de subrogación trae como consecuencia sanciones penales, incluidas a las instituciones médicas que facilitan la práctica. La consecuencia de este enfoque es que los contratos de subrogación son inválidos y no ejecutables. Esto significa que las reglas generales del parentesco aplicarán a cualquier niño nacido como resultado de dicha práctica. Generalmente, la mujer que dio a luz al niño es considerada como la madre legal y el padre legal se presumirá que es el esposo de la gestante, si ésta está casada.

## 2. PAÍSES QUE NO REGULAN LA GESTACIÓN SUBROGADA<sup>37</sup>.

82. En los países que integran este bloque no hay una prohibición expresa de los contratos de subrogación, sin embargo, atendiendo a los principios generales del derecho, son considerados inválidos e inejecutables. Como en los países donde la gestación subrogada está expresamente prohibida, en estos países, el estatus legal del niño se determina a través de la regulación general del parentesco. Estas reglas son regularmente similares a esas delineadas en el primer grupo, con las mismas dificultades que ello implica para los padres intencionales. Normalmente la madre intencional, ya sea que esté relacionada genéticamente al niño o no, tendrá que adoptar al menor.
83. Existe la tendencia que desde la vía judicial en algunos de estos países se intente facilitar el establecimiento del parentesco de la madre intencional genéticamente relacionada. Sin embargo, también existen casos en los que

Serbia (de tres a diez años de prisión, sin importar si es altruista o no), Eslovenia, España (la ley expresamente lo prohíbe con sanciones penales) y Suiza (prohibido constitucionalmente, con sanciones penales).

<sup>37</sup> Bélgica, Chile, República Checa, Guatemala, Irlanda, Japón (pero existen guías médicas al respecto), Letonia, Lituania, República de Mauricio, Mónaco, Holanda (aunque se sanciona penalmente a quien facilite realizar el contrato), Polonia, Sri Lanka y Uruguay.

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

se ha negado la adopción a los padres intencionales, *por ejemplo*, cuando el contrato es con fines de lucro<sup>38</sup>.

**3. ESTADOS CON UN ENFOQUE PERMISIVO, INCLUYENDO LA SUBROGACIÓN CON FINES DE LUCRO<sup>39</sup>.**

84. Este bloque de países comparten las siguientes características: i) la subrogación con fines de lucro es permitida y practicada; ii) después de la subrogación existen procedimientos establecidos que permiten otorgar el parentesco a uno o ambos padres intencionales; y iii) no se requiere un domicilio habitual o residencia a los padres intencionales.
85. Las perspectivas políticas que fundamentan este enfoque varían en los países de este grupo. En algunos, la política económica de fomentar el "turismo médico", combinado con una ausencia de regulación respecto a la maternidad subrogada, han jugado un rol importante. En otros, la protección constitucional o legal ha influido en una cultura jurídica y la forma (o ausencia) de cualquier regulación. Las características comunes son la legislación, práctica judicial y ausencia de regulación, o una combinación de todo ello.
86. En los países donde existe alguna (aunque limitada) regulación, hay normalmente criterios de elegibilidad que deben ser cumplidos por los padres intencionales o por la gestante para que exista un contrato de subrogación legal. También se prevén requisitos en cuanto al tipo de contrato y usualmente debe existir una relación genética entre el niño y alguno de los padres intencionales. En los países donde no hay regulación, los únicos requisitos de elegibilidad del contrato son aquellos impuestos por la ley respecto a los contratos. Hay también casos en los cuales no se requiere ningún tipo de relación genética entre los padres intencionales y el niño.

<sup>38</sup> Bélgica.

<sup>39</sup> Georgia, India, Rusia, Uganda, Ucrania, Armenia y Moldavia.



FORMA A-55

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

87. En relación con el parentesco, en algunos de estos Estados, los padres intencionales pueden, inmediatamente después del nacimiento, ser puestos en el certificado si se dan ciertas condiciones, siendo la más común, el consentimiento de la gestante. En contraste, en algunos Estados, es posible adquirir una orden judicial *pre nacimiento* de modo que el niño automáticamente sea hijo de los padres intencionales desde el nacimiento.

**4. PAÍSES QUE EXPRESAMENTE PERMITEN Y REGULAN EL VIENTRE  
SUBROGADO.**

88. Estos países permiten expresamente ciertas formas de contratos de subrogación, en este caso, las personas elegibles prevén la relación filial del niño nacido como resultado de dichos contratos. En algunos Estados, el celebrar un contrato de subrogación que no cumpla con la regulación establecida es sancionado penalmente.
89. El tipo de regulación que han adoptado estos países puede ser vista desde dos grupos: i) El primero tiene relación con un proceso "*pre-aprobatorio*" de los contratos de subrogación, en el cual los padres intencionales y la gestante deben presentar su contrato, ya sea ante una Corte o un Comité establecido específicamente con dicho motivo, esto, para ser aprobado *antes* del arreglo y el tratamiento médico que proceda. En este caso se verificará que las condiciones de la legislación se hayan dado<sup>40</sup>. ii) En el segundo grupo, la ley únicamente prevé un procedimiento para fijar *ex post facto* el parentesco legal del niño con los padres intencionales, como resultado del contrato de subrogación. Aquí se pone atención en la transferencia del parentesco *después* del nacimiento, y el proceso usualmente incluye revisar

<sup>40</sup> Australia, Israel y Nueva Zelanda.

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

retrospectivamente el acuerdo y determinar si el mismo cumplió con las condiciones que prevé la ley.

90. En algunos países, para que proceda la transferencia de la paternidad *ex post facto*, es requisito que exista un vínculo genético entre los padres intencionales y el niño. En Australia, por ejemplo, las condiciones previas a la concepción son muy estrictas y las partes deben demostrar que el contrato se celebró antes de que la gestante se embarazara, que era necesario por razones médicas como resultado de la situación de salud de la madre intencional y que todas las partes recibieron asesoramiento jurídico independiente y orientación psicosocial antes de realizar el contrato.
91. En los países que expresamente permiten y regulan la gestación por sustitución, sin importar el enfoque que se adopte, pueden identificarse tendencias respecto a los requisitos que prevén sus leyes.

## 4.1. ACUERDOS PERMITIDOS.

92. La tendencia en los países que prevén la subrogación es permitir únicamente los contratos de subrogación altruistas<sup>41</sup>. En la mayoría de estos Estados, este requisito es reforzado con medidas penales que prohíben la subrogación con fines de lucro. Dicho esto, a los padres intencionales se les exige pagar los gastos derivados de la subrogación. Además, hay una fuerte preferencia por permitir únicamente los contratos de subrogación donde al menos uno de los padres intencionales está relacionado genéticamente al niño. En algunos otros países se especifica que no puede haber relación genética entre la gestante y el niño<sup>42</sup>, es decir, se prohíbe la subrogación tradicional y se permite únicamente la gestacional.

<sup>41</sup> Australia, Brasil, Canadá, Dinamarca, Nueva Zelanda y el Reino Unido.

<sup>42</sup> Israel y Rusia.



FORMA A-05

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

4.2. CRITERIOS DE ELEGIBILIDAD DE LA GESTANTE Y DE LOS PADRES INTENCIONALES.

93. Hay muchos criterios en relación con la elegibilidad de la gestante, mismos que varían entre los Estados que expresamente permiten y regulan el vientre subrogado. Algunos son la edad, el estado de salud óptimo, físico y mental de la gestante; haber tenido ya hijos; haber completado su familia, estatus civil; haber recibido asesoría legal; entre otros.
94. En cuanto a la elegibilidad de los padres intencionales, se advierten requisitos como el estado civil, la edad o la orientación sexual. Hay Estados que mencionan que debe haber una “necesidad médica o social” para poder acudir a la gestación subrogada. Esta necesidad médica puede referirse, por ejemplo, a la infertilidad, pero también en algunos Estados los hombres solteros o una pareja de hombres caben en este supuesto, debido a que *no pueden tener un hijo sin la ayuda de otra persona*.<sup>43</sup>
95. En varios de estos Estados, si la pareja es la que celebra el contrato, deben estar casados o en una “relación tipo matrimonial”. En la mayoría de estos casos, no se hace referencia respecto a que los padres sean del mismo sexo o no.

4.3. EJECUCIÓN DEL CONTRATO.

96. Solamente en Brasil, la cláusula principal del contrato de subrogación es la transferencia de la paternidad del niño a los padres intencionales, diciéndose que esto es una obligación contractual vinculante y ejecutable. En los demás Estados, como Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Reino Unido, esta cláusula se dice que es inaplicable, aunque algunas obligaciones derivadas

<sup>43</sup> En México, desde hace décadas, miles de personas recurren a las TRA por diversas razones: son infértiles, son parejas del mismo sexo, son solteras. Amicus Curiae presentado por el Grupo de Información en Reproducción Asistida, A.C. (GIRE)

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

del contrato podrán hacerse cumplir, como por ejemplo, pagar a la gestante los gastos inherentes a la gestación.

## 4.4. REGLAS DE FILIACIÓN.

97. Con independencia del sistema de *pre-aprobación* o el *ex post facto*, en los Estados en los que existe algún tipo de regulación, la posición común es que la gestante seguirá siendo la madre legal en el nacimiento y la filiación se transferirá después del nacimiento del niño (siempre que se hayan cumplido los requisitos previos) ya sea a través de un procedimiento de filiación o a través de la adopción.
98. En cuanto a la paternidad, lo más común es que las reglas generales de la filiación apliquen al nacimiento y, por lo tanto, el esposo de la madre intencional será el padre legal, o el padre intencional puede, en algunas circunstancias, reconocer voluntariamente la paternidad de acuerdo a las reglas del Estado.
99. Hay notables excepciones a esto, como Rusia y Canadá, en donde si la gestante accede, los padres intencionales pueden ser registrados como los padres del niño directamente. En Brasil, la filiación legal de los padres intencionales se establece en el contrato, el cual es suficiente para registrar al niño desde su nacimiento como hijo de los padres intencionales.
100. En Estados Unidos de América del Norte, específicamente en el Estado de California, es posible, por mandato de ley o por precedentes judiciales, obtener una resolución judicial previa al nacimiento que disponga que los padres intencionales serán los padres legales del niño inmediatamente después de su nacimiento.



FORMA A-09

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

101. En la mayoría de los Estados en los que es posible la transferencia de la filiación a los padres intencionales tras un contrato de subrogación, aplican a los registros de nacimiento del niño los mismos principios aplicables en los casos de adopción; es decir, se emitirá un nuevo certificado de nacimiento una vez que la transferencia de la paternidad haya tenido lugar, sin que se mencione el proceso de gestación por sustitución; sin embargo, éste se mantendrá en el registro del Estado, de manera confidencial y accesible al niño al alcanzar una edad definida.

## 4.5. IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN.

102. En todos los Estados, los tribunales (ya sean de familia o civiles), son los responsables de resolver las disputas relacionadas con la filiación. No obstante, existen diversas posiciones en relación con quién puede iniciar una acción para impugnar el parentesco en casos de gestación subrogada, si hay un período de tiempo definido para ello, o las condiciones bajo las cuales es procedente el recurso judicial. La diferencia en los enfoques de los países a estas cuestiones, evidencia una división ideológica más profunda con respecto a cómo aplicar el principio del interés superior del niño en las cuestiones de filiación.
103. Los países que ponen limitaciones (ya sea al tiempo o a las personas que pueden promover la acción), parten de la premisa de que en determinadas situaciones, por ejemplo, la edad del niño o cuando una persona ha actuado como padre legal del menor por mucho tiempo, es el interés superior del niño y la seguridad jurídica, las que dan lugar a la prevalencia de la relación existente sobre la realidad biológica<sup>44</sup>. En otros países, la paternidad es una

<sup>44</sup> Véase Corte Europea de Derechos Humanos, CASE OF AHRENS v. GERMANY (Application no. 45071/09). Incluso, esta ha sido la tendencia adoptada por la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los Amparos Directos en Revisión 3486/2016 y 139/2017.

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

cuestión de hecho que siempre puede ser impugnada y es el interés del niño conocer la verdad sobre su parentesco.

**E. CONTEXTO NACIONAL.**

104. En México el legislador federal no ha emitido *ninguna* regulación que fije las reglas para el acceso a la gestación subrogada. Han sido algunas de las legislaturas estatales quien en los códigos civiles o familiares ha incluido alguna regulación al respecto, en particular, se han establecido diversas consecuencias en relación con la filiación de los menores nacidos a través de esta técnica.
105. Por ejemplo, el artículo 4.112 del Código Civil para el Estado de México condiciona el acceso a los métodos de reproducción asistida al consentimiento de la mujer; sin embargo, si ésta está casada, se requiere la conformidad de su cónyuge<sup>45</sup>. En Michoacán se regula una previsión legal para acceder a cualquier método de reproducción asistida, siempre y cuando sea ejercida de común acuerdo por los cónyuges<sup>46</sup>. Lo mismo sucede en el Estado de Zacatecas donde los cónyuges, por común acuerdo, tienen derecho a emplear cualquier técnica de reproducción asistida para lograr su propia descendencia; adicionalmente, en dicho Estado se especifica que entre el hijo producto de la reproducción asistida y los cónyuges o concubinos intencionales, se actualizará el parentesco por consanguinidad<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> Artículo 4.112. La reproducción asistida a través de métodos de inseminación artificial solo podrá efectuarse con el consentimiento de la mujer a quien haya de practicarse dicho procedimiento. La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada, sin la conformidad de su cónyuge. Tampoco podrá dar en adopción al menor nacido, mediante este método de reproducción.

<sup>46</sup> Artículo 150. Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio, socorrerse mutuamente, procurarse ayuda, solidaridad y asistencia. Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos, así como emplear, en los términos que señala la Ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

<sup>47</sup> Artículo 123. Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos, así como a emplear cualquier método de procreación



FORMA A-05

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

106. En Sonora se prevé como causal de divorcio el que cualquiera de los cónyuges se someta a métodos de reproducción asistida sin el consentimiento del otro; en este Estado, del nacimiento por TRA con gametos ajenos, surge el parentesco voluntario; además, se regula la gestación heteróloga al determinarse que cuando el embarazo se obtenga de esta manera, los cónyuges o concubinos serán considerados padres biológicos del niño<sup>48</sup>.
107. El Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí regula con mayor amplitud los diferentes tipos de reproducción asistida estableciendo que podrá practicarse la: a) transferencia intratubaria de cigoto o transferencia tubárica de embriones; b) fertilización in vitro, y c) fertilización ICSI, las cuales se utiliza cuando los espermatozoides son muy pocos, o su capacidad de reproducción es limitada para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges en los términos establecidos por la ley.
- Artículo 246.- El parentesco de consanguinidad es el vínculo que existe entre personas que descienden de un tronco común. También se considera parentesco por consanguinidad, el vínculo existente entre el hijo producto de la reproducción asistida y los cónyuges o concubinos que hubieren procurado el nacimiento.
- Artículo 156.- Son causas de divorcio por culpa (...)
- XV.- El someterse uno de los cónyuges a métodos de reproducción asistida con material genético de terceros, sin consentimiento del otro.
- Artículo 206.- El parentesco voluntario es el que nace de la adopción; del nacimiento obtenido mediante técnicas de reproducción asistida con gametos ajenos, autorizadas por los cónyuges o concubinos, y de la afiliación o acogimiento de menores huérfanos, abandonados o entregados lícitamente por sus padres, siempre que la relación se prolongue por más de un año con todas las características y fines de la relación paterno-filial.
- Artículo 207.- Cuando el embarazo se obtenga por técnicas de reproducción asistida con material genético de personas distintas de uno o ambos cónyuges o concubinos, los que usen voluntariamente gametos de terceros serán considerados como padres biológicos del niño que nazca por estos métodos, siempre que hayan otorgado expresamente su autorización. El hijo podrá solicitar, al llegar a su mayor edad, informes sobre el padre biológico en los mismos casos que en la adopción plena, sin reclamar ningún derecho filiatorio.
- Artículo 208.- El consentimiento de los cónyuges o concubinos equivaldrá a la cohabitación para efectos de la paternidad y serán considerados padres biológicos del hijo engendrado a través de dichas técnicas, para todos los efectos legales, excluyendo cualquier derecho u obligación del donante.
- La autorización para la reproducción asistida, admitiendo la paternidad o maternidad del producto, puede hacerse ante el Director de la Clínica o Centro Hospitalario, ante notario público o por acuerdo privado suscrito ante testigos.
- Artículo 213.- La filiación consanguínea es el vínculo de parentesco que surge de la relación genética entre dos personas, por el sólo hecho de la procreación, incluyendo la reproducción asistida con material genético de ambos padres.

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

fertilización está disminuida<sup>49</sup>. Este estado de la república regula y define el acceso a diversas técnicas de reproducción asistida, estableciendo consecuencias jurídicas respecto a la filiación entre los intervinientes; no obstante, dicha entidad federativa optó por prohibir expresamente la práctica de la gestación subrogada, señalando que de realizarse, ésta será inexistente y que el niño que nazca como consecuencia de su práctica, será considerado hijo de la madre que lo gestó.

108. En el mismo sentido, el Código Civil del Estado de Querétaro establece que las parejas adoptantes de embriones no podrán procurar la maternidad asistida o subrogada ni contratar el vientre de una tercera mujer para la gestación del embrión<sup>50</sup>.
109. El Código Familiar del Estado de Sinaloa define a la reproducción humana asistida como las prácticas clínicas y biológicas para la creación de un nuevo ser humano, logrado mediante el conjunto de técnicas científicamente acreditadas y autorizadas por la Secretaría de Salud, y realizadas con la intervención del 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 permita la procreación fuera del proceso natural, de la pareja infértil o estéril.<sup>51</sup>

<sup>49</sup> Artículo 236. Se entiende por reproducción humana asistida, la que se verifica a través de la participación de terceras personas y el empleo de técnicas biológicas de reproducción sin coito de la pareja.

Artículo 237. Se entiende por técnicas de reproducción asistida aquéllas donde la unión de las células germinales o la implantación del embrión en el útero, se logra mediante la intervención directa en el laboratorio.

Artículo 238. Las técnicas de reproducción asistida que podrán practicarse serán las siguientes:

I. Transferencia intratubaria de cigoto o transferencia tubárica de embriones, consistente en la colocación de los embriones en la matriz de la mujer, utilizando material quirúrgico;  
II. Fertilización in vitro, método en el que los espermatozoides previamente preparados y seleccionados son depositados en una caja de vidrio que contiene un medio de cultivo especial, y  
III. Fertilización ICSI, ésta se utiliza cuando los espermatozoides son muy pocos, o su capacidad de fertilización está disminuida.

<sup>50</sup> Artículo 400. Las parejas adoptantes de embriones no podrán procurar la maternidad asistida o subrogada, ni contratar el vientre de una tercera mujer para la gestación del embrión.

<sup>51</sup> Artículo 282. Se entiende por reproducción humana asistida, las prácticas clínicas y biológicas, para la creación de un nuevo ser humano, logrado mediante el conjunto de técnicas científicamente



FORMA A-55

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

110. Dentro de las técnicas de reproducción asistida, Sinaloa reconoce a la maternidad subrogada efectuada a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando la mujer padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento.<sup>52</sup>
111. Dentro de las modalidades de la maternidad sustituta que se reconocen en el Estado de Sinaloa, se encuentran las siguientes: a. *Subrogación total*, que implica que la mujer gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos, y que después de la gestación y el parto, entregue el hijo a la pareja o persona contratante; b. *Subrogación parcial*, es la que se da, cuando la mujer gestante es contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado in vitro que le ha sido trasplantado, pero que proviene de la unión de espermatozoide y óvulo de la pareja o persona contratante; c. *Subrogación onerosa*, es la que se da cuando una mujer acepta embarazarse en lugar de otra, tal y como si se tratase de un servicio, por el cual se paga una cantidad cierta y determinada, además de los gastos de la gestación; y d. *Subrogación*

acreditadas y autorizadas por la Secretaría de Salud, y realizadas con la intervención del 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 permita la procreación fuera del proceso 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 por lo menos uno de los gametos es donado por un tercero. --- Sólo será válido el consentimiento expresado en vida del disponente primario, con las formalidades que esta Ley exige, para efectos de inseminación post mortem.

<sup>52</sup> Artículo 283. La maternidad subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando la mujer, padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento. --- Pueden ser madres subrogadas gestantes, sólo las mujeres entre veinticinco y treinta y cinco años de edad que tienen, al menos, un hijo consanguíneo sano, una buena salud psicosomática y que han dado su consentimiento voluntario para prestar su vientre.

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

*altruista*, es la que se da cuando una mujer acepta gestar por cuenta de otra de manera gratuita.<sup>53</sup>

112. Ahora bien, según la información proporcionada por el Grupo de Información en Reproducción Asistida (GIRE) en México existen clínicas especializadas en reproducción asistida tanto en el sistema nacional de salud a través de los institutos de seguridad social (IMSS e ISSSTE), como en el sector privado que no cuentan con normativa que regule estos procedimientos que desde hace décadas se volvieron necesarios para satisfacer las necesidades reproductivas y para garantizar el derecho a la autodeterminación reproductiva de las personas que la propia Constitución contempla en su artículo 4°.<sup>54</sup>

**F. CONCLUSIONES DEL PRIMER APARTADO.**

113. En el ámbito del derecho internacional se permiten y regulan ciertas formas de contratos de gestación por sustitución, lo más común, contratos altruistas; al mismo tiempo, se prohíben los contratos que no cumplan con los requisitos de cierto modelo aprobado. En algunos países se requiere una pre-aprobación del contrato antes del tratamiento médico; en otros, únicamente se permite la gestación subrogada tradicional, es decir, aquella en la que existe una relación genética entre el producto de la concepción y uno de los padres contratantes. Los países que permiten y regulan la gestación subrogada presentan ciertas peculiaridades en cuanto al tema específico de

<sup>53</sup> Artículo 284. La maternidad de sustitución, admite las siguientes modalidades: I. Subrogación total, implica que la mujer gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos, y que después de la gestación y el parto, entregue el hijo a la pareja o persona contratante; II. Subrogación parcial, es la que se da, cuando la gestadora es contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado in vitro que le ha sido trasplantado, pero que proviene de la unión de espermatozoide y óvulo de la pareja o persona contratante; III. Subrogación onerosa, es la que se da cuando una mujer acepta embarazarse en lugar de otra, tal y como si se tratase de un servicio, por el cual se paga una cantidad cierta y determinada, además de los gastos de la gestación; y, IV. Subrogación altruista, es la que se da cuando una mujer acepta gestar por cuenta de otra de manera gratuita

<sup>54</sup> Amicus Curiae presentado por Grupo de Información en Reproducción Asistida, A. C. (GIRE).



FORMA A-05

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

## PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

- 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.<sup>55</sup>
114. 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, aquellos Estados que han decidido permitir la adopción de una política pública que tiene por objetivo ampliar el ejercicio de los derechos reproductivos.
115. Una de las objeciones más usuales al uso de la gestación por sustitución — aspecto que esta Suprema Corte no puede obviar — sostiene que la gestación por sustitución trata al cuerpo de la mujer como un objeto sujeto a las reglas del mercado; la mercantilización del cuerpo de la mujer — continúa la objeción — es incorrecta y, por tanto, también lo es la práctica de la subrogación comercial, dado que pone en riesgo la explotación de las mujeres con menos recursos.
116. Otros inconvenientes de la gestación subrogada, encontrados en la literatura consultada, son el sentimiento de culpa y la depresión que podría padecer la gestante que se encuentra obligada contractualmente a entregar al bebé<sup>56</sup>. Sin embargo, en relación con el recién nacido, no existe suficiente evidencia sobre los efectos de un nuevo y diferente contexto reproductivo en la

<sup>55</sup> En Alemania, por ejemplo, se considera delito. Así, el artículo 1.7 de la Ley de 13 de diciembre de 1990, sobre protección de embriones, castiga con pena privativa de la libertad de hasta tres años o con pena de multa quien emprenda una fecundación artificial o una transferencia de un embrión humano a una mujer que esté dispuesta a entregar a terceros el niño después de su nacimiento de modo permanente. Cfr. Código de Leyes sobre Genética (editorial Carlos Ma. Romeo Casanoba). Cátedra de Derechos y Genoma Humanos Fecundación BBV-Diputación Foral de Vizcaya, 1997, pág. 80.

<sup>56</sup> Fernando Abellan y Javier Sánchez Caro. "Bioética y Ley en Reproducción Humana Asistida. Manual de casos clínicos". Editorial Gomares, Granada 2009, p. 212.

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

construcción de la personalidad del mismo, habiendo sido gestado a través de un método de reproducción asistida<sup>57</sup>.

117. Los países que se muestran partidarios de la admisión de esta técnica de reproducción asistida apelan a su carácter de alternativa válida, para aquellos imposibilitados para procrear y a la autonomía reproductiva de la mujer gestante concretada en su derecho a utilizar su cuerpo para esa finalidad, si así lo estima conveniente.
118. Hay otros que se muestran partidarios de la gestación subrogada siempre que se haga con desinterés; es decir, estarían a favor de su admisión siempre que se trate de acuerdos gratuitos que se realicen por motivos altruistas, como manifestación de la solidaridad entre mujeres que fueran hermanas o amigas, y supeditados a que exista una patología que imposibilite a la contratante para llevar un embarazo a término.<sup>58</sup>
119. La jurisprudencia internacional también ha asumido una postura en relación con las repercusiones de la gestación subrogada, pues ha establecido una serie de cuestionamientos relacionados con el tema de los derechos reproductivos; a pesar de lo anterior, como se refirió ya, ha respetado la discrecionalidad que tienen los Estados para regular el tema, siempre que se respeten los derechos de las partes involucradas, en particular, el interés superior del menor.
120. Por lo que hace al Estado Mexicano, el análisis realizado permite concluir que en el país existe un desarrollo legislativo local *disperso e irregular* en relación con las técnicas de reproducción asistida, en específico, sobre la gestación subrogada, al extremo de que algunos Estados de la República la prohíben

---

<sup>57</sup> *Ibidem*. pp. 216

<sup>58</sup> *Ibidem*.



FORMA A-65

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

- expresamente, otros lo permiten y otros más poseen una regulación general que lleva a la interpretación de su permisión.
121. Ello pone en evidencia que en México, la normatividad relacionada con las técnicas de reproducción asistida presenta ciertas reglas que se caracterizan por su falta de homogeneidad, ante lo cual, incluso, algunos Estados de la República Mexicana han tomado medidas legislativas en aras de responder a la problemática, poniendo énfasis en los aspectos familiares que surgen como consecuencia del uso de las mismas.
122. Este Alto Tribunal pone en evidencia que las Comisiones Unidas de Salud y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Familia y Desarrollo Humano del Senado de la República, aprobaron en primera lectura el dictamen<sup>59</sup> que contiene proyecto de decreto por el que se adicionan los artículos 61 Ter y el 462 Ter a la Ley General de Salud.
123. Dicho dictamen considera a la gestación subrogada como la práctica médica consistente en la transferencia de óvulos fecundados en una mujer, producto de un espermatozoide y un óvulo de terceras personas; asimismo, contempla que la gestación subrogada se realizará sin fines de lucro, habiendo un acuerdo entre las personas solicitantes y la mujer gestante, permitiendo la compensación de gastos médicos y otros derivados del embarazo, parto, post-parto y puerperio. Además, se precisa que la Secretaría de Salud regulará la gestación por sustitución en las disposiciones jurídicas correspondientes.
124. En ese documento legislativo se aclara que la gestación por sustitución estará permitida únicamente bajo estricta indicación médica, entre nacionales y sin fines de lucro, en los términos de esa Ley; se dispone, además, que se

<sup>59</sup> Senado de la República, Gaceta del Senado.

Véase en: <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=2&id=62152>

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

impondrán de seis a diecisiete años de prisión y multa por el equivalente de ocho mil a diecisiete mil veces la unidad de medida y actualización, en diversos supuestos relacionados con conductas inapropiadas en esta práctica.

125. A partir de lo hasta aquí expuesto, este Tribunal Pleno concluye que la gestación por sustitución es, *sin duda*, un tema investido de un alto grado de complejidad pues en su práctica convergen diversos derechos fundamentales que repercuten en la vida y libertad de las personas; su particular naturaleza se refleja en las diversas posturas que han adoptado los países al respecto.
126. En América Latina, muchas personas acuden al uso de las técnicas reproductivas y más de cuatro millones de niños han nacido gracias a procedimientos de fertilización asistida<sup>60</sup>; los estudios internacionales revelan que una adecuada regulación de la gestación por sustitución protege los derechos de todas las personas involucradas, en particular, de las mujeres gestantes que tienen mayores riesgos de sufrir abusos en contextos desregulados<sup>61</sup>.
127. Como lo sostiene el Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE), *“la experiencia internacional ha probado que una adecuada regulación de la gestación subrogada ayuda a proteger los derechos de todas las personas involucradas, en particular de las mujeres gestantes, que son más vulnerables a abusos en contextos desregulados. Prohibir la práctica no la hará desaparecer. En cambio, fomentaría que se ofrezca en la clandestinidad donde el Estado no puede ofrecer protecciones a las partes, vigilar las*

<sup>60</sup> Fernando Zegers, “Algunas consideraciones éticas en la práctica de la reproducción asistida en Latinoamérica” en Casado, María y Luna, Florencia (coord.), *Cuestiones de la Bioética en y desde Latinoamérica*, Pamplona, Thomson Reuter Civitas, 2012, pp. 173 y ss. Citado por el Colegio de Bioética en su Amicus Curi.

<sup>61</sup> Marcy Darnovsky and Diane Beeson, *Global Surrogacy Practices*, Working Paper No. 601, International Forum on Intercountry Adoption and Global Surrogacy, 2014. Citado por el Colegio de Bioética en su Amicus Curi.



FORMA A-05

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

*condiciones de consentimiento de los contratos, ni asegurar que la actuación de clínicas y agencias sea acorde a la ley y a los derechos humanos*<sup>62</sup>. Asimismo, la ausencia de regulación sobre la gestación por sustitución en México afecta las condiciones en la que se llevan a cabo estos contratos<sup>63</sup>.

128. Por tanto, las técnicas de reproducción asistida y en particular, la gestación por sustitución, son una realidad imperante y deben ser entendidas tomando en cuenta los derechos fundamentales que se ven involucrados,<sup>64</sup> como, enunciativamente, el de 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 modificar las costumbres discriminatorias contra la mujer; y, entre otros, a disfrutar del progreso científico.<sup>65</sup>

## APARTADO II.

## A. DECRETO IMPUGNADO.

129. El Decreto 265, publicado en el periódico oficial del Estado de Tabasco el trece de enero de dos mil dieciséis, por el que se adicionó el Capítulo VI Bis denominado "DE LA GESTACIÓN ASISTIDA Y SUBROGADA"; integrado por los artículos 380 Bis; 380 Bis 1; 380 Bis 2; 380 Bis 3; 380 Bis 4; 380 Bis 5; 380 Bis 6 y 380 Bis 7, al Título Octavo "DE LA FILIACIÓN", perteneciente al

<sup>62</sup> Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE), *Gestación Subrogada en México, Resultados de una mala regulación*, disponible en: <http://gestacion-subrogada.gire.org.mx/#/>

<sup>63</sup> Amicus Curiae presentados por el Colegio de Bioética, A.C. y por el Grupo de Información en Reproducción Asistida, A.C. (GIRE).

<sup>64</sup> A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements. Hague Conference on Private International Law. March 2012, párr.29.

<sup>65</sup> Op. Cit. *Reproducción Asistida, género y Derecho Humanos en América Latina*, página 27.

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

Libro Primero, del Código Civil para el Estado de Tabasco<sup>66</sup>, es del tenor siguiente:

#### DECRETO 265

ÚNICO. Se Adiciona el Capítulo VI Bis denominado "DE LA GESTACIÓN ASISTIDA Y SUBROGADA"; integrado por los artículos: 380 Bis; 380 Bis 1; 380 Bis 2; 380 Bis 3; 380 Bis 4; 380 Bis 5; 380 Bis 6 y 380 Bis 7, al Título Octavo "DE LA FILIACIÓN", perteneciente al Libro Primero, del Código Civil para el Estado de Tabasco, para quedar como sigue:

#### CAPITULO VI BIS

#### DE LA GESTACION ASISTIDA Y SUBROGRADA

#### ARTICULO 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

<sup>66</sup> Se precisa que los artículos impugnados por la accionante son el 380 Bis, párrafo tercero; 380 Bis 3, párrafos cuarto, quinto y sexto —se destacan en negritas—.



FORMA A-65

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

**puedan ser utilizados después de su muerte en un procedimiento de inseminación.**

**ARTICULO 380 Bis 1. Gestación por Contrato**

La gestación por contrato se efectuará a través de la práctica médica, mediante la cual una mujer gesta el producto fecundado por los padres contratantes, cuando la madre pactante padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero.

**ARTICULO 380 Bis 2. Formas de Gestación por Contrato**

La gestación por contrato, admite las siguientes modalidades:

I. Subrogada: implica que la gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos y que, después del parto, entregue el recién nacido a la madre contratante mediante adopción plena; y

II. Sustituta: implica que la gestante sea contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión obtenido por la fecundación de gametos de la pareja o persona contratante.

**ARTICULO 380 Bis 3. Condición de la Gestante**

La Secretaría de Salud del Gobierno del Estado determinará el perfil clínico, psicológico y social de la "madre gestante" previamente a su contratación, para comprobar que su entorno social sea estable, libre de violencia y su condición física y psicológica sea favorable para el adecuado desarrollo de la gestación.

Ninguna mujer que padezca alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía podrá ser contratada como madre gestante.

Pueden ser contratadas como gestantes sólo las mujeres de entre veinticinco y hasta treinta y cinco años de edad que tengan una buena salud biopsicosomática y que hayan dado su consentimiento de manera voluntaria para ser gestante subrogada o sustituta, habiendo adquirido plena información acerca del proceso, previa a la manifestación de su consentimiento.

**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**

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

**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.**

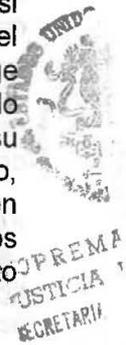
**En caso de que la gestante sustituta o su cónyuge demanden la paternidad o maternidad, solamente podrán recibir, previo reconocimiento de su cónyuge, la custodia del producto de la inseminación, únicamente cuando se acredite la incapacidad o muerte de la madre o padre contratantes.**

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.

Las instituciones y clínicas de reproducción humana asistida, así como el personal médico especializado en esta materia, deberán estar previamente acreditados y autorizados por la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado para la prestación de esos servicios; las clínicas deberán contar con la licencia sanitaria correspondiente.

Las instituciones que realicen este procedimiento y el control prenatal, deberán enviar un informe mensual a la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado, con copia del expediente clínico conforme a la legislación federal aplicable a la materia, además de lo que señale la legislación estatal.

Las instituciones que brinden atención obstétrica, resultado del procedimiento de reproducción asistida, deberán informar el nacimiento a la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado, durante las primeras veinticuatro horas de ocurrido el mismo y el





FORMA A-05

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

tipo de atención brindada; esta notificación deberá incluir la copia del certificado de nacimiento del o los recién nacidos.

Los notarios públicos que participen en la celebración de contratos para estos procedimientos, deberán informarlo en un plazo de veinticuatro horas a la Secretaría de Salud y al Registro Civil del Estado, mediante copia certificada del instrumento celebrado entre las partes.

## ARTICULO 380 Bis 4. Nulidad de Contrato de Gestación

El contrato de gestación será nulo si se realiza bajo las siguientes circunstancias:

I. Exista algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas;

II. No cumpla con los requisitos y formalidades que señala este Código;

III. Se establezcan compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del niño y la dignidad humana;

IV. Intervengan agencias, despachos o terceras personas; y

V. Se establezcan compromisos o cláusulas que contravengan el orden social y el interés público.

La nulidad del documento no exime a las partes contratantes de las responsabilidades adquiridas y derivadas de su existencia. 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.

## ARTICULO 380 Bis 5. Requisitos del Contrato de Gestación

El contrato de gestación deberá ser suscrito por las partes, previo cumplimiento por parte de los contratantes de los siguientes requisitos:

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

- I. Ser ciudadanos mexicanos;
- II. Poseer plena capacidad de goce y ejercicio de sus derechos;
- III. La mujer contratante debe acreditar, mediante certificado médico expedido por el médico tratante de la institución acreditada, que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y que cuenta entre veinticinco y cuarenta años de edad;
- IV. La mujer gestante debe otorgar su aceptación pura y simple para que se lleve a cabo en su útero la implantación de la mórula 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
- V. La gestante cumpla con los requisitos establecidos en el presente Código.

Para los efectos de la fracción III del presente artículo, el médico tratante adicionalmente deberá extender y solicitar los certificados médicos que acrediten los supuestos correspondientes. El médico tratante realizará los exámenes médicos previos a la transferencia y que sean necesarios de la salud física y mental de la mujer gestante, para corroborar que no posee ningún padecimiento que ponga en riesgo el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el período gestacional. La mujer gestante, el padre y la madre contratantes, deberán someterse a los estudios que establezca la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado y que garanticen la salud de los implicados.

Una vez que sea suscrito el instrumento jurídico ante Notario Público, deberá ser aprobado por el Juez competente, a través de procedimiento judicial no contencioso, en el que se reconozca el vínculo entre los contratantes y el feto, a su vez que la gestante y, en su caso, su cónyuge o concubino renuncien a cualquier derecho de parentesco con el recién nacido. El Instrumento aprobado deberá ser notificado en sus efectos a la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado.

Se autoriza únicamente la implantación de hasta dos embriones fecundados en un mismo procedimiento de reproducción asistida.

ARTICULO 380 Bis 6. Asentamiento del recién nacido



FORMA A-55

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

El certificado de nacimiento será expedido por el médico autorizado o tratante que haya asistido a la mujer gestante en el nacimiento del o los recién nacidos; también llenará el formato expedido para tal efecto por la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado, el que contendrá, en este caso, la constancia que la gestación fue asistida a través de una técnica de apoyo a la reproducción humana o práctica médica, denominada gestación por contrato.

El asentamiento del recién nacido deberá realizarse mediante la figura de la adopción plena aprobada por Juez competente, en los términos del presente Código.

**ARTICULO 380 Bis 7. Responsabilidades**

El contrato de gestación carece de validez cuando haya existido error o dolo respecto a la identidad de los padres contratantes por parte de la mujer gestante, en cuyo caso están a salvo sus derechos para demandar civilmente los daños y perjuicios ocasionados y presentar denuncias penales en su caso.

Asimismo, podrá la gestante demandar a la madre y al padre contratantes el pago de gastos médicos, en caso de patologías genéticas y las que deriven de una inadecuada atención y control médico prenatal y postnatal.

Será obligación de los padres contratantes garantizar con una póliza de seguro de gastos médicos mayores, expedido (sic) por una institución de seguros establecida legalmente en territorio nacional, que cubra los gastos originados en la atención del embarazo, parto y puerperio, a favor de la gestante sustituta o subrogada.

Se harán acreedores a las responsabilidades civiles aquellos médicos tratantes que realicen la implantación o fecundación de embriones humanos sin su consentimiento y sin la plena aceptación de las partes que intervienen.

Los notarios públicos que indebidamente den fe o certifiquen contratos de gestación sin apego a las disposiciones jurídicas aplicables, serán separados definitivamente de su encargo, en términos de la Ley de la materia, sin demérito de las demás responsabilidades o delitos en que incurran.

**B. ANÁLISIS DE LOS CONCEPTOS DE INVALIDEZ.**

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

**1. ESTUDIO DEL PRIMER CONCEPTO DE INVALIDEZ. INCOMPETENCIA DEL CONGRESO DEL ESTADO DE TABASCO PARA LEGISLAR SOBRE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN**

130. En la primera parte del primer concepto de invalidez, la Procuradora General de la República aduce la incompetencia del Congreso del Estado de Tabasco para legislar en materia de gestación por sustitución, *específicamente*, aduce que es inconstitucional **el artículo 380 Bis**, que se refiere a la forma en la que se manifiesta el consentimiento para la donación de gametos *post mortem*, en el contexto de los procesos de gestación por sustitución.
131. En su concepto, se regulan cuestiones relativas a las políticas de salud en materia de células germinales, cuestión que se incardina en el ámbito de la salubridad general y, por tanto, corresponde de manera exclusiva al Congreso de la Unión, ya sea a través de la Ley General de Salud o bien en las disposiciones generales que al efecto se expidan.
132. Este Tribunal Pleno, atendiendo a la causa de pedir y en suplencia de la queja, con fundamento en el artículo 71 de la Ley Reglamentaria de la materia, analizará si el artículo 380 Bis del Código Civil para el Estado de Tabasco, es inconstitucional por invadir atribuciones exclusivas del Congreso de la Unión.<sup>67</sup>
133. **Es fundado el concepto de invalidez**, como a continuación se demostrará:

**i. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE SALUBRIDAD GENERAL.**

<sup>67</sup> En este punto, conviene precisar que si bien la redacción del Concepto de Invalidez pareciera centrarse sólo en el tercer párrafo del artículo 380 Bis del Código Civil en análisis, lo cierto es que de la foja 6 de la demanda se advierte que la accionante dirige su argumentación a la totalidad del precepto impugnado.



FORMA A-95

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

## PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

134. De los artículos 40, 41, 115 y 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprende un *sistema de distribución de competencias* entre los tres órdenes de gobierno que conforma el sistema federal. El artículo 40 constitucional establece una división soberana entre federación y las entidades federativas; el artículo 115 prevé los alcances de la distribución de facultades entre Entidades Federativas y Municipios; el 41 puntualiza que los Estados pueden tener su propia constitución, pero ésta no puede *contravenir* lo dispuesto en la Norma Fundamental y, finalmente, el artículo 124 establece que las facultades que no están expresamente concedidas a la Federación, se entienden reservadas a los Estados o a la Ciudad de México, en los ámbitos de sus respectivas competencias.
135. En *materia del derecho a la salud*, el artículo 4° constitucional atribuye de manera expresa tanto a la Federación como a los Estados el carácter de autoridades, esto, de conformidad con las leyes que expida el Congreso de la Unión; en efecto, el sistema de facultades concurrentes en materia de salud implica que los tres niveles de gobierno pueden actuar en este ámbito, sin embargo, *corresponde de manera exclusiva al Congreso de la Unión determinar, en la Ley General de Salud, las bases y modalidades de la participación de dichos entes*.
136. En congruencia con el artículo 4° constitucional, el diverso 73, fracción XVI, señala que el Congreso de la Unión tiene facultad para dictar leyes sobre nacionalidad, *condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, emigración e inmigración y salubridad general* de la República, entre otros.
137. En la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, este Tribunal Pleno precisó que originalmente la salubridad general tenía dos objetivos: los servicios y control sanitarios, por un lado; y las actividades relativas a la salud, por el otro; ámbitos en los que existía un sistema de coordinación entre autoridades federales y locales. Posteriormente, con la

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

incorporación del derecho a la salud en el artículo 4° constitucional, se establecieron las *atribuciones concurrentes entre los Estados y la Federación a través de la Ley General de Salud*<sup>68</sup>.

138. Este Tribunal Pleno resolvió que la *salubridad general* es el campo que comprende tanto la salud, como los servicios y controles sanitarios, y que integra un complejo sistema, junto con la materia de salud, que engloba tanto la vertiente competencial como la orgánica, así como el derecho fundamental de acceso a los servicios de salud. En razón de lo anterior, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha precisado que no se advierte que exista o deba existir diferencia entre las materias de salubridad general y la de salud.
139. En la acción de inconstitucionalidad 15/2017 y sus acumuladas 16/2017, 18/2017 y 19/2017, se reiteró el criterio consistente en que una materia concurrente, implica, *en primer lugar*, que participarán tanto las autoridades federales como las locales en términos de la delimitación competencial definida por la ley general que emita el Congreso de la Unión y en virtud de un mandato constitucional directo. En segundo lugar, que el análisis para determinar si una norma federal o local que regule alguna atribución concurrente es constitucional puede depender, no sólo de la Constitución Federal, sino también, y de manera excepcional, de la ley general o ley marco que distribuya competencias entre esos niveles.
140. En tercer lugar, que la mera denominación de una ley como "general" no es suficiente para considerar actualizada la excepción anterior, sino que es necesario que exista un mandato constitucional que ordene la distribución de competencias y que la ley que expida el Congreso de la Unión efectivamente realice un ejercicio distributivo, en función del objetivo constitucional perseguido.

<sup>68</sup> Ver página 135 de la sentencia de acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007.



FORMA A-03

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

141. En cuarto lugar, que derivado de la pluralidad de fines perseguidos por el poder reformador de la Constitución al establecer una materia como “concurrente”, resulta imposible fijar un criterio uniforme o unívoco respecto a cómo se debe ejercer cada una de las materias que se denominen como tales. Es decir, que el cumplimiento de cada mandato constitucional recogido por las leyes generales debe atender a criterios, mecanismos o instrumentos normativos diferenciados y no homogéneos que diseñen la participación que corresponderá a cada uno de los órdenes de gobierno.
142. La Ley General de Salud establece la concurrencia entre la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general<sup>69</sup>; en efecto, el artículo 4° de dicha ley confirma la concurrencia entre las autoridades federales y locales al señalar que son autoridades sanitarias: a) El Presidente de la República; b) El Consejo de Salubridad General; c) La Secretaría de Salud, y d) Los Gobiernos de las entidades federativas, incluyendo el Gobierno de la Ciudad de México.
143. Dicha Ley, en su Título Segundo, crea el *Sistema Nacional de Salud* constituido por las dependencias y entidades de la Administración Pública, tanto federal como local, y las personas físicas o morales de los sectores social y privado que presten servicios de salud, así como por los mecanismos de coordinación. Dicho Sistema, en cumplimiento al mandato del artículo 4° constitucional, tiene por objeto salvaguardar el derecho a la salud.
144. A partir de lo anterior, los gobiernos de las entidades federativas coadyuvarán, en el ámbito de sus respectivas competencias y en los términos de los acuerdos de coordinación que celebren con la Secretaría de Salud, a

<sup>69</sup> Ver acción de inconstitucionalidad 146/2007 en la que se impugnaron los artículos 148 del Código Penal y 16 Bis 7 de la Ley de Salud, ambos del Distrito Federal que despenalizaron el aborto en determinadas hipótesis.

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

la consolidación y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud. Con tal propósito, los gobiernos de las entidades federativas planearán, organizarán y desarrollarán en sus respectivas circunscripciones territoriales, sistemas estatales de salud, procurando su participación programática en el Sistema Nacional de Salud<sup>70</sup>.

145. Se determina que la competencia de las autoridades sanitarias en la planeación, regulación, organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud, se regirá por las disposiciones de dicha Ley y demás normas generales aplicables<sup>71</sup>; esto es, las atribuciones de las autoridades federales como de las locales en materia sanitaria y del Sistema Nacional de Salud se rigen por la normativa general expedida por el Congreso de la Unión y por lo que dispongan los ordenamientos que se emitan de forma general.
146. La Ley General de Salud establece tres formas a través de las cuales se realiza la distribución de competencias entre la Federación y los Estados en materia de salubridad general: *i.* las que corresponden al Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Salud; *ii.* las que corresponden a los gobiernos de las entidades federativas como autoridades locales y dentro de sus respectivas jurisdicciones territoriales; y *iii.* las que corresponden tanto a la Federación, como a las entidades federativas.
147. En efecto, el artículo 13 de la Ley General de Salud en su inciso A, fracción I, establece que corresponde al Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Salud, dictar las normas oficiales mexicanas a que quedará sujeta la prestación, en todo el territorio nacional, de los servicios de salud en las materias de salubridad general, además, se establece que toca a la Federación verificar el cumplimiento de dichas disposiciones.

<sup>70</sup> Artículo 9 de la Ley General de Salud.

<sup>71</sup> Artículo 12 de la Ley General de Salud.



FORMA A-05

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

148. Por su parte, la fracción II, del mismo inciso, precisa que en ciertas materias de salubridad general incumbe *también* a la Federación, *organizar y operar los servicios respectivos* y vigilar su funcionamiento, por sí o en coordinación con dependencias y entidades del sector salud; esto es, corresponde a la Secretaría de Salud emitir todas las normas oficiales mexicanas que rigen de manera homogénea los servicios de salud en materia de salubridad general y vigilar su cumplimiento.
149. Existen ciertas áreas de salubridad general en las cuales el legislador determinó necesario que la Secretaría de Salud, no sólo emitiera las normas oficiales mexicanas que regulen su funcionamiento sino, además, que fuera el Ejecutivo Federal quien *organice y opere* los servicios respetivos, cuya vigilancia la realizará la Secretaría de Salud, de así determinarlo, podrá coordinarse con las entidades federativas.
150. Ello significa, *pues*, que la salubridad general tiene como eje rector la salvaguarda del derecho a la salud y, a partir de ella, se construye un complejo sistema nacional de servicios de salud y control sanitario que obedecen a una *política nacional* en la materia. Es decir, a través de las normas oficiales mexicanas que emite la Secretaría de Salud, el Estado garantiza un servicio sanitario uniforme que hace efectivo el derecho a la salud a través de un marco homogéneo que irradia todo el país. Por ello y atendiendo a las particularidades de las muy diversas áreas que comprenden la salubridad general, el legislador dividió su organización, operación y supervisión entre la Federación y los Estados.
151. Ahora bien, el artículo 3° de la Ley General de Salud ha sido objeto de diversas modificaciones a través de las cuales el legislador federal ha introducido múltiples áreas a la materia de salubridad general —desde la salud mental, el genoma humano, hasta la formación de recursos humanos

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

en materia de salud— que si bien son abismalmente diversas en su conceptualización, contenido y finalidad, comparten la característica fundamental de conformar el Sistema Nacional de Salud y, consecuentemente, regirse por la política nacional que establezca la Secretaría de Salud.

152. Este Tribunal Pleno no inadvierte que en el artículo 13 de la misma Ley General se determinan diversas atribuciones, ya sea exclusivas de la Secretaría de Salud o bien coordinadas entre la Federación y los Estados; sin embargo, como se refirió previamente, *cualquier* materia de salubridad general se rige de manera troncal por la Ley General de Salud y, específicamente, por las normas oficiales mexicanas emitidas por la Secretaría de Salud. En efecto, el Ejecutivo Federal tiene a su cargo emitir las normas oficiales mexicanas y la regulación técnica que asegure la uniformidad de los principios, criterios, políticas y estrategias aplicables en todo el territorio nacional, a que quedará sujeta la prestación de los servicios de salud correspondientes.
153. Para el análisis del caso, resultan relevantes dos previsiones del artículo 3º de la Ley General de Salud; la fracción V, que se refiere a la *planificación familiar* como una de las materias que se incardina en el rubro de la salubridad general; y la fracción XXVI, que determina que el *control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes, y células*, también es materia de salubridad general.
154. Sobre la *planificación familiar*, el artículo 13, apartado B, fracción I, de la Ley General de Salud establece que corresponderá a los gobiernos de las entidades federativas, como autoridades locales y dentro de sus respectivas jurisdicciones, organizar, operar, supervisar y evaluar la prestación de los servicios de planificación familiar, de conformidad con la propia Ley General y demás disposiciones aplicables.



FORMA 2-D

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

155. Si bien la Ley General de Salud reconoce a los gobiernos de las entidades federativas la competencia para administrar los servicios de salud en materia de planificación familiar; esta atribución competencial deberá estar previamente definida y estructurada, *precisamente*, en aquella Ley General y demás normas aplicables, de manera que los Estados, aun con esta habilitación competencial, tendrán que actuar de manera coordinada con el Sistema Nacional de Salud.
156. Por otro lado, el artículo 67 de la Ley General de Salud, reconoce con carácter de prioritario, a la planificación familiar en la prestación de los servicios de salud. El propio ordenamiento general especifica que los servicios que se presten en esta materia constituyen un medio para el ejercicio del derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de los hijos, con pleno respeto a su dignidad.
157. En este sentido, si bien este Tribunal Pleno ya había establecido que la salubridad general incluye el derecho a la salud, como derecho humano, resulta particularmente relevante la referencia del legislador federal en materia de planificación familiar en los mismos términos del artículo 4° constitucional sobre el *derecho a fundar una familia*.
158. Los servicios en torno a la planificación familiar están guiados por las *políticas establecidas por el Consejo Nacional de Población* y comprenden, de conformidad con el artículo 68 de la Ley General de Salud, la promoción de *programas* educativos; el fomento a la investigación sobre biología de la reproducción humana; el establecimiento de mecanismos para la distribución de insumos y medicamentos, entre otros. El artículo 70 establece que será la Secretaría de Salud la que coordine a las entidades del sector salud para instrumentar la política nacional en la materia.

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

159. De lo anterior, se obtiene que la planificación familiar, como parte de la salubridad general, en términos de la Ley General de Salud, es una materia que obedece a una política nacional instrumentada y coordinada por la Secretaría de Salud y, particularmente, por el Consejo Nacional de Población, en términos de la cual se garantiza, de manera homogénea en el país, entre otros derechos fundamentales, aquel de todos los individuos a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de los hijos.
160. Si bien en términos del artículo 13 de la Ley General de Salud, la planificación familiar, a diferencia del control sanitario sobre la disposición de células, *como se verá a continuación*, no es de aquellas materias en las que la Federación opera y organiza los servicios respectivos, lo cierto es que ambas materias —que están íntimamente relacionadas— obedecen a los lineamientos que se emitan, por la Federación a través de la Secretaría de Salud, en el marco del Sistema Nacional de Salud.
161. Ahora bien, la otra materia que resulta relevante para la resolución del caso es la contenida en la fracción XXVI del artículo 3 de la Ley General de Salud, en la cual se establece que el *control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes, y células*, es materia de salubridad general.
162. De los artículos 3 y 13 de la Ley General de Salud, se desprende que el *control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes, y células*, es de aquellas materias de salubridad general en las que le corresponde a las autoridades federales, no sólo emitir las normas oficiales mexicanas que rigen en todo el país la prestación de estos servicios, sino también organizar y operar los servicios respectivos y vigilar su funcionamiento.



FORMA A-65

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

## PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

163. En efecto, el artículo 17 Bis dispone que la Secretaría de Salud ejercerá atribuciones de regulación, control y fomento sanitarios, entre otras, en materia de disposición de órganos, tejidos y sus componentes y células (salvo por lo que se refiere a cadáveres) a través de un órgano desconcentrado que se denomina Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios, a quién compete, en lo que aquí interesa, proponer al Secretario de Salud la política nacional de protección contra riesgos sanitarios así como su instrumentación en materia de, entre otros, disposición de órganos, tejidos, células de seres humanos y sus componentes; además, dicha Comisión ejercerá el control y la vigilancia sanitarios de la disposición y trasplantes de órganos y tejidos y células de seres humanos.
164. En el Título Décimo Cuarto, denominado Donación, Trasplantes y Pérdida de la Vida, el artículo 313 fracción I, de la Ley General de Salud establece que compete a la Secretaría de Salud el control y la vigilancia sanitarios de la disposición y trasplantes de órganos, tejidos y células de seres humanos, en los términos establecidos por dicha Ley y demás disposiciones aplicables<sup>72</sup>.
165. De conformidad con las propias definiciones que prevé dicho título, este Tribunal Pleno advierte que corresponde a la Secretaría de Salud el control y la vigilancia de la disposición de células germinales; es decir, el control y la vigilancia del conjunto de actividades relativas a la obtención, extracción, análisis, conservación, preparación, suministro, utilización y destino final de, entre otros, las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión<sup>73</sup>.

<sup>72</sup> "Artículo 313. Compete a la Secretaría de Salud: I. El control y la vigilancia sanitarios de la disposición y trasplantes de órganos, tejidos y células de seres humanos, en los términos establecidos por esta Ley y demás disposiciones jurídicas aplicables; [...]"

<sup>73</sup> Artículo 314. Para efectos de este título se entiende por: I. Células germinales, a las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión; [...] XVII. Disposición, el conjunto de actividades relativas a la obtención, extracción, análisis, conservación, preparación, suministro, utilización y destino final de órganos, tejidos, componentes de tejidos, células, productos y cadáveres de seres humanos, con fines terapéuticos, de docencia o investigación; [...]"

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

166. En el artículo 319 de la Ley General de Salud se establece que se considerará *disposición ilícita* de células, aquella que se efectúe sin estar autorizada por la ley<sup>74</sup>. Es decir, es intención del legislador que *cualquier* actividad de obtención, extracción, análisis, conservación, preparación, suministro, utilización y destino final de células, se realice conforme a un marco de regulación homogéneo en términos de la propia ley.
167. Ahora bien, el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos prevé, en el mismo sentido, la atribución de la Secretaría de Salud para emitir las *normas técnicas* a que se sujetará, en todo el territorio nacional, la disposición de órganos y tejidos y sus derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo embriones y fetos.<sup>75</sup>
168. En este punto, es necesario aclarar que el Reglamento hace referencia a la disposición de órganos, tejidos y sus componentes y derivados, así como a productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo embriones y fetos; mientras que la fracción XXVI del artículo 3° de la Ley General de Salud a la que nos hemos venido refiriendo, sólo hace alusión a la *disposición de órganos, tejidos y sus componentes y células*. No obstante, el artículo 56 del Reglamento precisa que serán considerados como *productos* del cuerpo humano las *células germinales*; de manera que este Tribunal Pleno concluye que la disposición de células germinales se rige por estas disposiciones reglamentarias.
169. En términos del artículo 4° del Reglamento en cita, corresponde a la Secretaría de Salud emitir las normas técnicas a que se sujetará, en todo el

<sup>74</sup> Artículo 319. Se considerará disposición ilícita de órganos, tejidos, células y cadáveres de seres humanos, aquella que se efectúe sin estar autorizada por la Ley.

<sup>75</sup> Artículo 4. Corresponde a la Secretaría emitir las normas técnicas a que se sujetará, en todo el territorio nacional, la disposición de órganos, tejidos y sus derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los de embriones y fetos. Asimismo, compete a la Secretaría la emisión de los instructivos, circulares y formas que se requieran para la aplicación del presente reglamento.



FORMA A-02

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

territorio nacional, la disposición de células germinales; de la misma forma, el artículo 8° precisa que corresponde a dicha Secretaría controlar, programar, coordinar, supervisar y evaluar las actividades a que se refiere ese Reglamento, y organizar y operar servicios y vigilar su funcionamiento, dentro del marco del Sistema Nacional de Salud.

170. Es así que este Tribunal Pleno, a partir de una *interpretación funcional* del artículo 4° constitucional, en relación con los diversos preceptos aplicables de la Ley General de Salud, llega a la conclusión de que, al igual que como sucede con la materia de planificación familiar, el marco regulatorio en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes y células, debe ser un marco homogéneo en todo el país, pues compete a la Secretaría de Salud emitir las normas oficiales mexicanas que regularán todos los servicios y actividades que implique este rubro.
171. Además, debe tenerse en cuenta que esta materia tiene la particularidad de que será *operada* directamente por la Secretaría de Salud, donde a las Entidades Federativas les corresponde, sólo si así lo determina dicha Secretaría, participar en la vigilancia del funcionamiento del área.
172. De todo lo anterior, este Tribunal Pleno concluye que tanto en materia de planificación familiar, como de disposición de órganos, tejidos y sus componentes y células, existe la obligación de diseñar, en el marco del Sistema Nacional de Salud, políticas de salud pública que cumplan con el mandato constitucional de garantizar, a todos los individuos, el derecho a formar una familia de manera libre, responsable e informada, en congruencia con su dignidad y libertad reproductiva.

**ii. Análisis competencial del artículo 380 Bis del Código Civil para el Estado de Tabasco.**

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

173. Este Tribunal Pleno procederá a analizar si en el artículo 380 Bis impugnado se regulan cuestiones de salubridad general y, consecuentemente, si se invaden atribuciones reservadas de manera exclusiva a la Federación, pues, como se demostró, esta materia se debe regir de manera homogénea en todo el país por las normas técnicas que emita la Secretaría de Salud en términos de la Ley General de Salud.

**ARTICULO 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.

174. En el primer párrafo del artículo transcrito, el legislador local definió a la reproducción humana asistida, como el conjunto de prácticas clínicas y biológicas necesarias para la "creación" de un nuevo ser humano. Refiere que la reproducción asistida se realizará por métodos de fertilización de células germinales y por la reproducción de cigotos y embriones, esto, con el objeto de permitir la procreación fuera del proceso biológico natural "de la pareja infértil o estéril".
175. En concepto de este Tribunal Pleno, el establecimiento de una definición de las técnicas de reproducción humana asistida no se traduce, en automático,



FORMA A-85

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

- en una invasión de competencias federales; sin embargo, como se demostrará, en el párrafo primero del artículo 380 Bis —a diferencia de lo que sucede en el segundo párrafo—, se establecieron, además del concepto de reproducción humana asistida, condiciones técnicas del acceso y forma en la que se deberá realizar la gestación por sustitución, lo cual sí excede la competencia del legislador local.
176. En efecto, en el segundo párrafo del artículo 380 Bis, el legislador local se limitó a definir lo que de manera general se entiende por fecundación homóloga y heteróloga en el contexto de la gestación subrogada, sin introducir mayores aspectos técnicos que los estrictamente necesarios para el entendimiento de los conceptos, esto, para efecto de su regulación desde la perspectiva contractual, de manera que no se advierte que se emita una regulación que invada la competencia de la Federación.
177. Por el contrario, en el primer párrafo del artículo 380 Bis, el Congreso del Estado de Tabasco no sólo estableció una definición abstracta de la reproducción humana asistida, como parámetro para regular las consecuencias civiles de la misma; sino que definió *condiciones sustantivas* de la gestación por sustitución al establecer, primero, (i) cuestiones relativas al desarrollo embrionario y, segundo, (ii) al regular la condición médica de quienes pueden tener acceso a esta técnica de reproducción; aspectos estos últimos que se incardinan en la materia de salubridad general.
178. En el primer caso, el legislador local excedió su competencia, pues, al pretender establecer una definición de lo que se entiende por reproducción humana asistida, reguló *indebidamente* cuestiones técnicas y biológicas de la gestación por sustitución, porque definió que la reproducción humana fuera del “proceso biológico natural”, se refiere a la reproducción de cigotos o embriones a través de métodos de fertilización de gametos de uno o ambos

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

sexos; cuestión que se refiere directamente a la utilización de las células germinales.

179. La reproducción humana, en términos generales, se realiza a partir de procesos de división celular en los que células *haploides* únicas, debido a la recombinación genética entre cromosomas, dan origen a células *diploides*; en ese orden, los *gametos* son las células reproductoras femeninas y masculinas que se caracterizan por ser las únicas células *haploides*, esto es, que sólo tienen veintitrés cromosomas. Así, cuando se produce la fecundación a través de la unión de un óvulo y un espermatozoide, se conforma una célula *diploide* con cuarenta y seis cromosomas.<sup>76</sup>
180. En el primer momento de la fecundación, se forma un *precigoto* que inicia un recorrido desde la ampulla de la *salpínges* hasta la cavidad uterina, donde en un momento muy específico del ciclo, será recibido por el endometrio; bajo el efecto de las hormonas esteroideas ováricas se establece una comunicación bioquímica con el embrión, con la finalidad de permitir su implantación y la subsiguiente placentación, misma que le proporcionara sostén hormonal y nutrición durante el resto de su desarrollo.<sup>77</sup>
181. En ese orden, cuando el Congreso local se refiere a la *reproducción de cigotos y embriones* se legisló sobre los distintos estadios de la reproducción humana, esto es, reguló cuestiones relativas al proceso del desarrollo embrionario que no se inscriben en el ámbito de su competencia civil.
182. Se dijo 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, pero no así las cuestiones técnicas/sustantivas relativas a la disposición de

<sup>76</sup> Ver "Fisiología de la reproducción humana". Gerardo Vázquez Cornejo, Revista Mexicana de Medicina de la Reproducción, 2009.

<sup>77</sup> *Op. Cit.*



FORMA A-03

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

las células necesarias para lograr cualquier proceso de reproducción humana.

183. En este entendido, resulta que no corresponde al legislador local regular los aspectos relacionados con el proceso técnico de fertilización que implica la gestación subrogada como técnica de reproducción humana asistida, pues su competencia está limitada, se reitera, a las consecuencias civiles y familiares que se derivan del uso de esta TRA.
184. Aunado a lo anterior, en el párrafo primero del artículo 380 Bis, al referirse a parejas "infértiles o estériles", el Congreso del Estado de Tabasco determinó la *condición médica* de aquellos que pueden acceder a esta técnica de reproducción asistida, es decir, estableció que solo las parejas estériles o infértiles podrán acceder a esta forma de reproducción, invadiendo competencias de la Federación en materia de planificación familiar, específicamente, para establecer el *perfil de salud* de aquellas personas que deciden hacer uso de esta técnica de reproducción asistida.
185. La infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo, definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de doce meses o más de relaciones sexuales no protegidas<sup>78</sup>; en tanto que la esterilidad ocurre cuando el embarazo se desarrolla pero es interrumpido en algún momento<sup>79</sup>.
186. Los términos esterilidad e infertilidad en ocasiones son usados de manera intercambiable y algunas veces definen poblaciones diferentes; por ejemplo, en la literatura hispana consultada, la infertilidad es la dificultad de lograr un embarazo, mientras que en la esterilidad el embarazo se desarrolla pero es interrumpido en algún momento. Por el contrario, en la literatura inglesa el

<sup>78</sup> Ver nuevamente *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida*, en la versión revisada por el *International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology* y la *Organización Mundial de la Salud*.

<sup>79</sup> Santiago Burgo-Olmedo, Claudio Chillik y Susana Kopelman, Definición y causas de la Infertilidad. Ver <http://www.scielo.org.co/pdf/rcoq/v54n4/v54n4a03.pdf> consultado el 03 de Enero de 2020.

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

término infértil se refiere a la pareja que no logra alcanzar un embarazo ya sea por la imposibilidad de que la mujer quede embarazada por los métodos naturales, o cuando existen las posibilidades pero el embarazo no ocurre.

187. En concepto de este Tribunal Pleno, cuando el legislador local definió que sólo las parejas estériles o infértiles pueden acceder a la gestación por sustitución, está regulando aspectos médicos que se relacionan con la planificación familiar, exclusivos de la Federación, pues, como se demostró, los servicios de salud en materia de planificación familiar son un medio para materializar el derecho de todos los individuos a formar una familia.
188. En consecuencia, no corresponde al legislador del Estado de Tabasco limitar el acceso a esta técnica de reproducción asistida únicamente a las *parejas estériles e infértiles*, pues, cualquier aspecto relativo a las condiciones de salud de aquellos que intervienen en el procedimiento de gestación subrogada —contratantes y, particularmente, mujer gestante— corresponde a la Federación en términos de lo dispuesto por la Ley General de Salud, pues, deberá ser ésta la que, a partir de una política nacional en materia de salud reproductiva y planificación familiar, defina el perfil de quienes pueden acudir a este procedimiento.
189. Por estas razones, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación declara la invalidez del **párrafo primero del artículo 380 Bis** del Código Civil para el Estado de Tabasco.

**1.2 VIOLACIÓN A LOS PRINCIPIOS DE SEGURIDAD Y LEGALIDAD JURÍDICA.**

190. En la última parte del primer concepto de invalidez, la accionante aduce que el párrafo tercero del artículo 380 Bis del Código Civil para el Estado de Tabasco es inconstitucional por violar el principio de seguridad jurídica, al existir una doble regulación respecto del consentimiento que debe expresar



FORMA A-55

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

el cónyuge o concubino, para que sus gametos puedan ser utilizados, después de su muerte en un procedimiento de inseminación.

191. Asegura que esa doble regulación se actualiza, porque el artículo impugnado dispone que para el otorgamiento de dicho consentimiento, se debe acudir a las formalidades que establece el propio código; en tanto que el artículo 241 de la Ley de Salud del Estado de Tabasco, dispone que tal consentimiento debe efectuarse conforme lo previsto en la Ley General de Salud, misma que, en su artículo 321, prevé que "la donación en materia de órganos, tejidos y células, consiste en el consentimiento tácito o expreso de la persona para que, en vida o después de su muerte, su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilicen para trasplantes".
192. En su concepto, ello genera incertidumbre jurídica ya que no se tiene la certeza de qué artículo es el aplicable al donante que desee otorgar su consentimiento para que sus gametos puedan ser utilizados en un procedimiento de inseminación post mortem.
193. Este planteamiento es **infundado**. Como se demostrará a continuación, las disposiciones legales aludidas regulan aspectos jurídicos diferentes.
194. Los preceptos legales respecto de los cuales se aduce una supuesta doble regulación establecen lo siguiente:

## CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE TABASCO

**Artículo 380 Bis.** Concepto de Reproducción Humana Asistida.

(...)

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.

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

## LEY DE SALUD DEL ESTADO DE TABASCO

**Artículo 241.** Todo lo relacionado a la disposición de órganos y tejidos de seres humanos con fines terapéuticos, se regirá conforme a lo establecido en la Ley General de Salud, sus disposiciones reglamentarias y las normas oficiales mexicanas correspondientes.

El consentimiento de las personas para disponer de su cuerpo, deberá efectuarse con la forma, circunstancias, requisitos, restricciones y prohibiciones previstos en la Ley General de Salud.

## LEY GENERAL DE SALUD

**Artículo 321.** La donación en materia de órganos, tejidos, células y cadáveres, consiste en el consentimiento tácito o expreso de la persona para que, en vida o después de su muerte, su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilicen para trasplantes.

195. La seguridad jurídica es la base sobre la cual descansa el orden jurídico, cuyo contenido radica, a *grandes rasgos*, en saber a qué atenerse respecto de la regulación normativa prevista en la ley y de las actuaciones llevadas a cabo por la autoridad, tutelándose así que el gobernado no se ubique en una situación de incertidumbre jurídica y, por tanto, en estado de indefensión.
196. Este principio se respeta por las autoridades legislativas cuando las Leyes generan, primero, certidumbre a los gobernados sobre las consecuencias jurídicas de su conducta y, segundo, tratándose de normas que confieren alguna facultad a una autoridad, acotan razonablemente tal atribución, en forma tal que se impida a la autoridad actuar de manera arbitraria o caprichosa. Esta predicción de certidumbre respecto de una disposición normativa es posible siempre que exista un sistema jurídico conforme al cual se entienda el contenido de la norma, así como el modo en cómo será aplicada.
197. Del análisis del sistema normativo en la materia que nos ocupa, este Alto Tribunal llega a la convicción de que la accionante parte de una premisa



FORMA A-05

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

inexacta al considerar que la *remisión* que hace el artículo 241 de la Ley de Salud del Estado de Tabasco, al artículo 321 de la Ley General de Salud, referente al consentimiento<sup>80</sup> del donante para la disposición de órganos, tejidos y células para que, en vida o después de su muerte, su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilicen para trasplantes, resulta aplicable al *consentimiento* que debe otorgarse para que los gametos de un varón puedan ser utilizados —en el contexto de la gestación subrogada— en un procedimiento de inseminación *post mortem*, tal como lo prevé el último párrafo del artículo 380 Bis del Código Civil para el Estado de Tabasco. Lo anterior, pues, como se anticipó, se tratan de disposiciones legales que regulan aspectos jurídicos diferentes.

198. El artículo 241 de la Ley de Salud local, en la parte que interesa, establece que el consentimiento de las personas para disponer de su cuerpo deberá efectuarse con la forma, circunstancias, requisitos, restricciones y prohibiciones previstos en la Ley General de Salud. En línea con ello, el artículo 321 de la Ley General de Salud establece que la donación en materia de órganos, tejidos, células y cadáveres consiste en el consentimiento tácito o expreso de la persona para que, en vida o después de su muerte, su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilicen para trasplantes.
199. La remisión que hace la Ley de Salud del Estado de Tabasco, a la Ley General de Salud, se refiere al consentimiento de las personas para la disposición de su cuerpo *para efectos del trasplante de órganos, tejidos y células*; en cambio, el último párrafo del artículo 380 Bis del Código Civil para el Estado de Tabasco hace referencia específica al consentimiento de las personas para que sus gametos puedan ser utilizados, *post mortem*, en un procedimiento de *inseminación artificial* en el contexto de la gestación subrogada.

<sup>80</sup> Tácito o expreso.

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

200. Debe distinguirse entre los requisitos aplicables al consentimiento para la donación y trasplante de órganos, de aquellos casos donde el varón debe otorgar su consentimiento para efectos de que sus gametos puedan ser utilizados después de su muerte en un procedimiento de gestación subrogada en términos del Código Civil para el Estado de Tabasco.
201. La Ley General de Salud, en su artículo 321, establece que "la donación en materia de órganos, tejidos, células y cadáveres, consiste en el consentimiento tácito o expreso de la persona para que, en vida o después de su muerte, su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilicen para trasplantes".
202. Por su parte, la fecundación *post mortem* es un "mecanismo asistido de reproducción que se lleva a cabo luego de alguna de las partes haya fallecido; es necesario que al momento de la muerte exista en un banco una muestra conservada, ya sea del semen u ovocitos, listos para ser utilizados después de la muerte"<sup>81</sup>.
203. Esta técnica puede realizarse en cuatro supuestos: (i) con el semen previamente extraído y congelado (crioconservación); (ii) que se extraiga el semen del hombre ya fallecido o, el óvulo de la mujer<sup>82</sup>; (iii) con un óvulo fecundado y congelado listo para ser implantado posterior a la muerte del varón; (iv) en la fecundación *in vitro* se puede realizar tras la muerte de la mujer que haya aportado el óvulo.

---

<sup>81</sup>

[https://www.researchgate.net/publication/301360500\\_Inseminacion\\_Post\\_Mortem\\_Derecho\\_comparado\\_Colombia-Espana\\_-\\_BEJARANO\\_Nelson\\_2015](https://www.researchgate.net/publication/301360500_Inseminacion_Post_Mortem_Derecho_comparado_Colombia-Espana_-_BEJARANO_Nelson_2015), consultado el 29 de octubre de 2019.

<sup>82</sup> <https://www.haaretz.com/1.5042195>, consultado el 29 de octubre de 2019.



FORMA A-55

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

204. Dado que en el citado artículo de la Ley General de Salud se contemplan las "células" dentro de las donaciones y, por lo tanto, las células sexuales o gametos (espermatozoides y óvulos) entran en esta categoría<sup>83</sup>, se puede objetar que se pone como condición que "se utilicen para trasplantes", es decir, que sean una alternativa para sobrevivir o mejorar su calidad de vida.
205. Cabe hacer notar la diferencia entre el trasplante (trasladar un órgano o un tejido vivo desde un organismo donante a uno receptor, para sustituir en este al que está enfermo o inútil) que contempla la ley; y el implante que es necesario para la fecundación *post mortem*, así como el objetivo del mismo; pues mientras el trasplante busca salvar o mejorar la vida de otra persona, el implante tiene como objetivo, en este caso, la creación de nueva vida.
206. En la donación existe la figura de la donación expresa (contemplada en el artículo 322 de la citada ley), en la que se puede señalar que se hace en favor de determinadas personas o instituciones, expresando también circunstancias de modo, lugar y tiempo, así como cualquier otra condición, lo cual puede asemejarse al consentimiento para la fecundación *post mortem*.
207. Sin embargo, en el artículo 324 se establece que "habrá consentimiento tácito del donante cuando no haya manifestado su negativa a que su cuerpo o componentes sean utilizados para trasplantes, siempre y cuando se obtenga

<sup>83</sup> La palabra gameto proviene del vocablo griego γαμετή gameté 'esposa' o γαμέτης gamétēs 'marido' y significa, en biología, "cada una de las células sexuales, masculina y femenina, que al unirse forman el huevo de las plantas y de los animales" (<https://dle.rae.es/?id=lpB1O9Q>). Es decir, un gameto es "una célula que tiene una función reproductora". En el ser humano los gametos masculinos se denominan espermatozoides (microgametos) y los gametos femeninos son óvulos (macrogametos) y se componen de 23 cromosomas al ser células haploides (<https://www.genome.gov/es/genetics-glossary/Haploide>). Los gametos se forman mediante meiosis (división celular), por lo que cada uno contiene la mitad de los cromosomas normales y, al unirse en su madurez dan paso a la reproducción gamética (fecundación o fertilización) y, por lo tanto, se restaura el número normal de cromosomas (diploides) en la nueva célula, que se denomina embrión, huevo o cigoto (<https://salud.ccm.net/faq/12945-gameto-definicion>). Todos consultados el 30 de octubre de 2019.

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

el consentimiento” de otras personas que tengan relación con el fallecido, lo cual no puede ocurrir en el caso de la inseminación *post mortem*.

208. Incluso, se ha cuestionado el alcance de un consentimiento en cuanto a la voluntad del varón para una fecundación *post mortem*, es decir, aunque deposite voluntariamente el semen para la realización de la fecundación asistida, debe existir una autorización para que se lleve a cabo el procedimiento en caso de su muerte.
209. Se puede observar otra diferenciación en cuanto a los resultados, pues mientras la donación de órganos busca la preservación y conservación de la vida, la fecundación *post mortem* genera nuevas relaciones y problemas éticos y jurídicos, tales como: los derechos sucesorios con el recién nacido; el derecho del menor de tener a sus dos padres, entre otros<sup>84</sup>.
210. La conservación de los gametos para ser utilizados *post mortem*, atiende a un sentido de deseo y preservación de la familia a través de la procreación; en efecto, bajo el término genérico de fecundación *post mortem* se engloban una serie de prácticas de reproducción asistida que tienen como característica común el fallecimiento previo a la aplicación de la técnicas de algunos de los progenitores genéticos del embrión fecundado<sup>85</sup>.
211. Ello permite entender que las normas sobre las cuales la accionante descarga el supuesto de inseguridad jurídica, se refieren a hipótesis totalmente

---

84

[https://www.researchgate.net/publication/301360500\\_Inseminacion\\_Post\\_Mortem\\_Derecho\\_comparado\\_Colombia-Espana\\_-\\_BEJARANO\\_Nelson\\_2015](https://www.researchgate.net/publication/301360500_Inseminacion_Post_Mortem_Derecho_comparado_Colombia-Espana_-_BEJARANO_Nelson_2015),  
<https://www.redalyc.org/pdf/1892/189242405012.pdf> y  
<http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v11n39/1870-2147-rius-11-39-00010.pdf>, consultados el 29 de octubre de 2019.

<sup>85</sup> Iniesta Delgado, Juan José, en “Tratado de derecho de Familia, Volumen V”, Editorial Aranzadi, pág. 835.



FORMA A-09

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

distintas, de ahí que no sea correcto establecer que la disposición impugnada genere inseguridad jurídica.

212. A pesar de lo anterior, este Tribunal Pleno, *en suplencia de la queja*, considera que el tercer párrafo del artículo 380 Bis del Código Civil para el Estado de Tabasco es inconstitucional en la porción normativa que establece "*por algún cónyuge o por algún concubino*" al excluir de manera injustificada a las mujeres de la posibilidad de expresar su consentimiento para que sus gametos puedan ser fecundados *post mortem*.

ARTICULO 380 Bis. Concepto de Reproducción Humana Asistida

(...)

**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.**

213. En efecto, la porción transcrita prevé que será válido el consentimiento expresado en vida *por algún cónyuge o por algún concubino*, con las formalidades que el Código exige, para los efectos de que sus gametos puedan ser utilizados después de su muerte en un procedimiento de inseminación; es decir, la norma *excluye a las mujeres* de la posibilidad de expresar su consentimiento para este efecto.

214. Es criterio de este Tribunal que las distinciones basadas en alguno de los criterios previstos en el último párrafo del artículo 1° constitucional — categorías sospechosas — exigen un escrutinio estricto en su análisis de constitucionalidad a la luz del principio de igualdad; la garantía de igualdad

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

prohíbe al legislador que en el desarrollo de su labor incurra en discriminación por motivos, entre otros, del género.<sup>86</sup>

215. En concepto de este Tribunal Pleno, no existe justificación constitucional alguna para establecer que sólo el cónyuge o concubino varón pueda otorgar su consentimiento para la utilización de sus gametos post mortem. La porción normativa analizada es subinclusiva respecto de las mujeres que quieran utilizar sus gametos después de su muerte en un procedimiento de fecundación, lo cual resulta contrario al principio de igualdad y no discriminación.<sup>87</sup>
216. Los procedimientos de fecundación post mortem son mecanismos de reproducción asistida que se llevan a cabo después del fallecimiento de la mujer o el hombre que haya decidido depositar en un banco sus ovocitos o su esperma, esto, atendiendo precisamente al deseo de cualquier individuo de preservar la familia a través de la procreación; el acceso a este tipo de procedimientos se constituye como un *medio para ejercer los derechos reproductivos* cuya titularidad corresponde, de igual manera, a mujeres y hombres, por lo que la previsión del legislador local resulta contraria a los artículos 1° y 4 constitucionales.
217. En apartados previos de esta sentencia se dio cuenta de la importancia de adoptar un enfoque de género en el análisis de los derechos reproductivos, pues si bien su titularidad corresponde a mujeres y hombres, lo cierto es que históricamente el derecho de las mujeres a disponer de su propio cuerpo ha

<sup>86</sup> Décima Época. Registro: 2007924. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 12, Noviembre de 2014, Tomo I. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a. CCCLXXXIV/2014 (10a.). Página: 720. Rubro: "IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. NOTAS RELEVANTES QUE EL OPERADOR DE LA NORMA DEBE CONSIDERAR AL EXAMINAR LA CONSTITUCIONALIDAD DE UNA MEDIDA A LA LUZ DE DICHS PRINCIPIOS, FRENTE A LAS LLAMADAS "CATEGORÍAS SOSPECHOSAS", A FIN DE NO PROVOCAR UN TRATO DIFERENCIADO O UNA DISCRIMINACIÓN INSTITUCIONAL".

<sup>87</sup> Sirve de apoyo la Jurisprudencia P./J. 9/2016 (10a.), de rubro: "PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. ALGUNOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL PARÁMETRO GENERAL", Registro digital: 2012594.



FORMA A-55

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

estado marcado por estereotipos de género que le han impedido tomar decisiones sobre su sexualidad en un plano de absoluta libertad.

218. En términos de la porción normativa impugnada, sólo los varones pueden expresar su consentimiento para que sus gametos sean utilizados post mortem, lo que implica que se podría realizar una fecundación artificial post mortem introduciendo en los órganos genitales femeninos el semen del varón fallecido, o bien, se podría hacer una transferencia a la mujer, tras el fallecimiento del varón, de pre embriones constituidos con el material genético del fallecido<sup>88</sup>.
219. Sin embargo, la norma excluye la posibilidad de que, por ejemplo, ya constituidos los pre embriones, ante el fallecimiento de la mujer que aportó su material genético, ésta pudiera emitir su consentimiento para que éstos fuesen utilizados en un procedimiento de gestación por sustitución después de su muerte. O bien, en términos de la norma impugnada, las mujeres no pueden emitir su consentimiento para que sus óvulos —previamente depositados en un banco— sean fecundados después de su muerte.
220. La norma parte de la concepción más tradicional de las técnicas de reproducción asistida post mortem que atendían al interés de las mujeres de ser madres con el material genético de su esposo fallecido, sin embargo, como se dio cuenta previamente, la utilización de material genético post mortem admite, luego del desarrollo científico y técnico, otras modalidades<sup>89</sup> que exigen ser reguladas de conformidad con el principio de igualdad y no discriminación.

<sup>88</sup> La Reproducción Artificial post mortem en España: estudio ante un nuevo dilema jurídico; Revista de Derecho N° 20, Julio 2015.

<sup>89</sup> Por ejemplo, EL deseo de los hombres de ser padres a través del uso del material genético de su esposa fallecida, o bien, al deseo de una pareja homoparental constituida por dos mujeres de utilizar el óvulo previamente extraído de una de ellas.

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

221. Por lo anterior, este Tribunal Pleno considera que la diferenciación entre mujeres y hombres que introduce la porción normativa que establece "*por algún cónyuge o por algún concubino*" prevista en el párrafo tercero del artículo 380 Bis del Código Civil para el Estado de Tabasco, no encuentra ninguna justificación constitucionalmente válida y vulnera el principio de igualdad y no discriminación, contrariando los artículos 1° y 4 constitucionales, por lo que debe declararse su invalidez.

**2. ESTUDIO DEL SEGUNDO CONCEPTO DE INVALIDEZ.**

222. La accionante plantea la inconstitucionalidad del artículo 380 Bis 3, párrafo quinto, del Código Civil para el Estado de Tabasco, por violación a los principios del interés superior del menor, legalidad y seguridad jurídica, en la porción normativa que dice: "*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*"; dado que permite a la gestante sustituta o su cónyuge, demandar la paternidad o maternidad en caso de la muerte o incapacidad del padre o madre contratantes.
223. La accionante afirma que esta regulación violenta el interés superior del menor en relación con el derecho a no ser separado de las personas que ejerzan la patria potestad; ya que al regular "*en caso de la muerte o incapacidad del padre o madre contratantes*", utilizando la conjunción 'o' en lugar de emplear la conjunción 'y', posibilita que si uno sólo de los cónyuges contratantes queda incapacitado o muere, el otro queda excluido del ejercicio de la patria potestad, dándole la oportunidad a la gestante sustituta o a su cónyuge, para demandar la paternidad o maternidad.



## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

224. Como se verá a continuación, suplido en su deficiencia, resulta **fundado** el planteamiento de invalidez hecho valer.
225. El artículo 380 Bis 3 del Código Civil para el Estado de Tabasco, en la porción normativa combatida, establece lo siguiente:

## Artículo 380 Bis 3. Condición de la Gestante

(...)

**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.**

226. La porción normativa impugnada se inserta dentro de una disposición legal que en su conjunto prevé una serie de requerimientos que se imponen a las personas que serán parte de un procedimiento de gestación por sustitución, en particular, se refiere a los requisitos que debe cubrir la mujer la gestante, tales como la edad, padecimientos, entorno social, toxicomanía, entre otros.
227. Dentro de este marco, el legislador del Estado de Tabasco previó que ante la eventualidad de que la gestante sustituta o su cónyuge demanden la paternidad del producto de la inseminación, podrán obtener la custodia "únicamente cuando se acredite la muerte de la madre o padre contratantes".
228. En este orden, el quinto párrafo del artículo 380 Bis 3 del Código Civil para el Estado de Tabasco prevé lo relativo a quién tendrá la custodia del "producto de la inseminación", para el caso de que la gestante sustituta o su cónyuge, generen algún conflicto sobre la paternidad o maternidad, limitando la posibilidad de que esa acción prospere sólo cuando el padre o la madre contratantes hubieren caído en incapacidad o, en su caso, fallecido.

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

229. Este Tribunal Pleno da cuenta de que el interés superior del menor juega el papel primordial dentro de un proceso de reproducción asistida, en particular modo, cuando el nacimiento de una niña o un niño acontece bajo un procedimiento de gestación por sustitución. A priori, este interés exige contar con un marco legal que brinde completa salvaguarda respecto al derecho a la identidad y a las relaciones familiares<sup>90</sup> a los que nazcan bajo el uso de esas técnicas de reproducción asistida.
230. El interés superior del menor exige que las decisiones que se adopten en torno a los derechos de las niñas y los niños busquen siempre *su mayor beneficio*; dicho interés no puede establecerse de manera abstracta —como pretende el legislador tabasqueño— pues las relaciones familiares son extraordinariamente complejas, particularmente en el contexto de las técnicas de reproducción asistida, y el Juez debe valorar las especiales circunstancias que concurren en cada situación para así poder determinar qué es lo mejor para el menor involucrado.
231. En países donde existe una permisión en el uso de esa TRA, la jurisprudencia de sus tribunales se ha ocupado prácticamente de dos aspectos: a) de la identidad, inscripción y filiación de los contratantes, y b) del derecho a las prestaciones de paternidad y maternidad, que evidentemente redundan en el interés superior del menor en estos casos.
232. Con base en lo expuesto, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que es inconstitucional el párrafo quinto del artículo 380 Bis 3 del

---

<sup>90</sup> Artículo 8 de la Convención Sobre los Derechos del Niño:

1. Los Estados Partes se comprometen a **respetar el derecho del niño a preservar su identidad**, incluidos la nacionalidad, el nombre y **las relaciones familiares** de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.



FORMA A-05

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Código Civil para el Estado de Tabasco, pues, cuando se hace uso de la técnica de reproducción asistida denominada gestación por sustitución, por regla general, ni la mujer gestante, ni el cónyuge o concubino de ésta, tienen legitimación para denunciar la maternidad o paternidad e incluso la custodia del niño o niña producto de la inseminación.

233. En el empleo de una técnica de reproducción asistida el derecho a la filiación se determina en razón del derecho de los menores a la identidad, inscripción y relaciones familiares, en los que se ha de considerar el elemento volitivo denominado *voluntad procreacional*, es decir, deberá atenderse a la presencia 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.<sup>91</sup>
234. Esto es, el concepto de la *voluntad procreacional* es uno de los factores determinantes para la construcción del vínculo filial de los menores nacidos bajo técnicas de reproducción asistida; esta voluntad constituye otra fuente de la relación de filiación entre quien nace bajo una técnica de reproducción y quien contrata, se refiere a la voluntad de ser madre o padre, de querer asumir ese rol y desempeñarlo, ya sea que se haya utilizado material genético

<sup>91</sup> En el Amparo en Revisión 623/2018, la Primera Sala de este Alto Tribunal, en los párrafos 126 y 127, página 63 de la ejecutoria, estableció que: "Se aclara que es un factor fundamental la voluntad procreacional expresada por la pareja homosexual y el consentimiento expresado por la madre gestante en cuanto a no reclamar derechos y aceptar que sean el padre biológico y su pareja quienes funjan como los padres del niño y en consecuencia asuman todas las obligaciones derivadas de la filiación. Voluntad que fue expresada por una mujer adulta, mayor de edad, madre de dos hijos, con capacidad legal según se infiere de su comparecencia ante Notario Público y lo que ésta hizo constar al respecto, además de contar con credencial para votar expedida por el Instituto Federal Electoral, de la que obra copia certificada en autos; y la que se estima expresada libre de vicios en cuanto no hay indicios de lo contrario.

Ahora, establecer la filiación del menor respecto de los quejosos es lo que exige el interés superior del menor en este caso. El menor requiere para su adecuado desarrollo contar con todos los derechos prestacionales derivados de la filiación, como derechos alimentarios, sucesorios, así como a recibir cuidados, educación y afecto. Lo más conveniente en este caso es que sea cuidado por las personas que desean hacerse cargo de él y lo han hecho desde su nacimiento. Al respecto es importante reiterar que la madre subrogada hasta ahora ha manifestado no tener ningún interés en hacerse cargo del menor y cumplir con todas las obligaciones derivadas de la maternidad legal."

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

proveniente de quien contrata (homóloga) o de terceras personas (heteróloga).<sup>92</sup>

235. Como se demostró, las TRA han introducido cambios sustanciales que inciden en el sentido de la regulación de la filiación hasta ahora vigente, la relación jurídica que se deriva de su uso, no es la filiación que hasta ahora se conocía ni la paternidad/maternidad tradicionales. Como consecuencia de la aparición de las TRA, hoy el aporte puede ser exclusivamente genético; entonces, si antes se distinguía entre biológico y voluntario, hoy se presentan tres criterios perfectamente diferenciados lo genético, lo biológico y lo voluntario.
236. En la gestación subrogada, la voluntad procreacional es la intención de querer engendrar un hijo con material genético propio o de un tercero, acudiendo a la implantación del embrión en el vientre de una tercera persona para su gestación y alumbramiento o a través de fecundación in vitro. Esta tercera persona carece de esta voluntad *procreacional*, por lo que, aun cuando por aplicación del derecho civil tradicional correspondería la atribución de la maternidad a la gestante, faltaría el elemento central que atribuye o determina la filiación en estos procedimientos: la voluntad procreacional, esto es, la intención de adquirir derechos y obligaciones y, a la par, el efecto que se derive o se construye con el despliegue de tales responsabilidades.
237. Es del interés superior del menor, específicamente conforme a su derecho de prevalencia a sus relaciones familiares, que se reconozca la filiación a aquellas personas que tienen la voluntad de ejercer este rol; el vínculo

---

<sup>92</sup> Véase la tesis aislada 1a. LXXIX/2018 (10a.), de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Materia Constitucional, registro digital 2017287, de rubro: "VOLUNTAD PROCREACIONAL. SU FUNDAMENTO DERIVA DEL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE UN MENOR DE EDAD".



## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

genético con la gestante o en su caso con el o los donantes no es motivo para considerar que éstos deben tener, en automático, alguna legitimación para reclamar algún derecho sobre el menor.

238. No escapa de la consideración de este Tribunal Pleno, que las circunstancias y casos que rodean los TRA, son muy diversos y por tanto imprevisibles; en ese sentido, bien cabe la posibilidad de que en algún contexto sea un interés superior del menor que se reconozca preferencia a la gestante, por ejemplo, en un caso de adopción.
239. Así este Tribunal Pleno concluye que es inconstitucional el quinto párrafo del artículo 380 Bis 3 del Código Civil para el Estado de Tabasco pues establece una regla que coloca a las mujeres gestantes y a sus cónyuges en una especie de prelación respecto de otras personas que pudieran asumir la custodia del hijo nacido bajo esta técnica de reproducción —abuelos, tíos y otros parientes— que imposibilita al juzgador a determinar, atendiendo a las circunstancias del caso y a las particularidades de la niña o el niño, qué es lo mejor para garantizar su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de su derecho a la filiación.
240. Por las razones expuestas, se declara la **invalidez** del quinto párrafo del artículo 380 Bis 3 del Código Civil para el Estado de Tabasco.

**3. ANÁLISIS DEL TERCER CONCEPTO DE INVALIDEZ.****3.1 VIOLACIÓN AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y AUTONOMÍA REPRODUCTIVA DE LA MUJER.**

241. La accionante plantea la inconstitucionalidad de ciertas porciones normativas previstas en los párrafos cuarto y sexto, del artículo 380 Bis 3 del Código Civil para el Estado de Tabasco por considerar, *esencialmente*, que resultan

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

contrarias al principio de igualdad de género, porque crean una relación de sujeción de la mujer hacia el hombre vinculada con las decisiones que ésta toma respecto de su propio cuerpo.

242. El vicio de constitucionalidad de las normas impugnadas se hace depender de que el conocimiento del cónyuge o concubino que requiere la gestante, tanto para donar su óvulo, como para portar el producto fecundado en su vientre, vulnera su integridad y autonomía, así como su salud.
243. La accionante sostiene que deviene inconstitucional la previsión del párrafo cuarto del artículo 380 Bis 3, en la que se prevé que el conocimiento del cónyuge o concubino de la mujer gestante opera como *excepción* para el cumplimiento de los “requisitos físicos” necesarios para portar en su vientre al producto fecundado o donar el óvulo para la fertilización in vitro. Siguiendo esta línea, impugna también la determinación del párrafo sexto que establece que el contrato de gestación habrá de ser firmado —autorizado— por el cónyuge o concubino de la mujer gestante.
244. Los párrafos impugnados —cuarto y sexto— del artículo 380 Bis 3 son del tenor siguiente:

“Artículo 380 Bis 3

(...)

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.**

(...)

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 emanan 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



FORMA A-05

A1

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

## PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

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.

(...)"

245. Deviene **fundado** el concepto de invalidez en el que se cuestiona la inconstitucionalidad de los párrafos cuarto y sexto del artículo 380 Bis 3 del Código Civil para el Estado de Tabasco, por vulnerar el derecho de la mujer gestante al libre desarrollo de la personalidad, en particular, su derecho a tomar todas aquellas decisiones relacionadas con la disposición de su cuerpo con fines reproductivos.
246. El derecho al libre desarrollo de la personalidad implica el reconocimiento del derecho de las personas a tomar ciertas decisiones sin la intervención de terceros ni del Estado y, en este sentido, este ámbito de protección se encuentra vinculado con la autonomía y la dignidad de la persona.
247. Este Tribunal considera que cualquier norma que intervenga en la decisión de la mujer en relación con la disposición de su cuerpo en un procedimiento de gestación subrogada, *incide* en su derecho al libre desarrollo de la personalidad.
248. En efecto, la decisión de participar como gestante en un procedimiento de gestación subrogada afecta la esfera más íntima de la mujer, pues implica la elección de un determinado proyecto de vida que involucra razones personales, económicas, sociales, culturales, médicas, morales, entre otras, que exigen el más amplio ámbito de protección.
249. Así, cualquier limitación o intervención en esta decisión de la mujer, ya sea del Estado o de terceros, afecta *prima facie* su libre desarrollo de la personalidad, específicamente, su autonomía reproductiva.

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

250. Adicionalmente, en la decisión de la mujer gestante sobre la disposición de su cuerpo también converge su derecho a la salud, específicamente, a la salud reproductiva, el cual consiste en un estado de bienestar físico, emocional, mental y social relacionado con la sexualidad, que el Estado debe garantizar a través de servicios de planificación familiar, atención obstétrica, entre otros.
251. Efectivamente, la determinación de la mujer de disponer de su cuerpo para un procedimiento de gestación subrogada implica su *derecho a la salud reproductiva*, pues se materializa en diversas intervenciones médicas que pueden poner en riesgo, no sólo su capacidad reproductiva, sino también su vida.
252. Cabe resaltar que la intervención de una mujer en un procedimiento de gestación por sustitución también puede tener incidencia en su salud mental; los riesgos que implica la gestación pueden afectar, no sólo físicamente a la mujer, sino repercutir en su estado psicoemocional, de manera que su derecho a la salud también debe ser garantizado en este ámbito.
253. El planteamiento de inconstitucionalidad de la accionante radica en demostrar que se vulnera el derecho de las mujeres a tomar decisiones en relación con su propio cuerpo, pues éste se subordinan al conocimiento y/o a la autorización de su cónyuge o concubino que, en términos de los párrafos cuarto y sexto del artículo 380 Bis 3, tiene que firmar el contrato de gestación.
254. Asiste razón a la accionante, pues exigir que el contrato de gestación sea firmado —incluso autorizado— por el cónyuge o concubino de la mujer gestante perpetúa el estereotipo de que los varones tienen “derecho” sobre el cuerpo de la mujer, particularmente, sobre la capacidad reproductiva de sus cónyuges o concubinas.



## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

255. La norma en cuestión perpetúa el estereotipo de que la mujer no puede ejercer su capacidad reproductiva de manera autónoma, al requerir la autorización de su pareja para suscribir un contrato de este tipo. Al posibilitarse la intervención del cónyuge o concubino en la decisión de la mujer de someterse a un procedimiento de gestación subrogada, se reitera la concepción de que su cuerpo no le pertenece, pues la finalidad del mismo es convertirla en "madre de familia", de manera que la intervención de su cónyuge o concubino resulta determinante en la decisión —su decisión— de participar como gestante.
256. Las porciones normativas en análisis provocan un efecto estigmatizante al subordinar una decisión de la mujer sobre su propio cuerpo a la autorización del varón con quién ha decidido unir su vida; sujetar la decisión de la mujer de participar en un procedimiento de gestación a la autorización de su pareja, implica tanto como considerar que las mujeres unidas en matrimonio o concubinato pierden la posibilidad de tomar decisiones sobre su propio cuerpo, específicamente, para fines reproductivos.
257. El derecho de las mujeres de disponer de su cuerpo ha estado históricamente marcado por estereotipos de género que redundan en su discriminación a partir, precisamente, de las decisiones que toma sobre su sexualidad; si bien el papel de la mujer no debería determinarse por su capacidad reproductiva, lo cierto es que, derivado del entendimiento de que la mujer ha sido definida a partir de la maternidad, se han establecido diversas limitaciones que han impedido el goce efectivo de sus derechos reproductivos.
258. El Estado mexicano debe garantizar las condiciones necesarias para que aquellas mujeres que deciden ser gestantes en un procedimiento de gestación por sustitución, tomen esta decisión —que redundo directamente en su proyecto de vida y en su salud reproductiva— en un contexto de

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

autonomía, libre de cualquier injerencia que pudiera nublar la ponderación interior que requiere el individuo para tomar una decisión de esta naturaleza.

259. En este orden de ideas, las porciones normativas que establecen “*mediando conocimiento del cónyuge o concubino*” del párrafo cuarto, e “*y si fuera el caso, de su cónyuge o concubino*” prevista en el sexto párrafo, ambos del artículo 380 bis 3, resultan contrarias a los artículos 1° y 4° constitucionales, por lo que debe declararse su inconstitucionalidad. El artículo se leerá de la siguiente manera:

“Artículo 380 Bis 3

(...)

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.

(...)

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, 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.

(...)”

260. Este Tribunal Pleno da cuenta de que el Gobierno del Estado de Tabasco, en su informe, refiere que el conocimiento/consentimiento del cónyuge o del concubino de la mujer gestante, tiene por objeto dotar de certeza jurídica a dicho procedimiento de todas aquellas consecuencias que se derivan de la gestación por sustitución<sup>93</sup>.

<sup>93</sup> Foja 209 del cuaderno de pruebas.



FORMA A-B5

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

## PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

261. En este tenor, es relevante aclarar que en términos de los artículos 324, primer párrafo, y 340, fracción III, del Código Civil para el Estado de Tabasco,<sup>94</sup> se establecen una serie de elementos para presumir quiénes son hijos de los cónyuges o concubinos, entre ellos, aquellos nacidos bajo una técnica de reproducción humana artificial.
262. Estas previsiones podrían llevar a considerar que la firma del cónyuge o concubino (a que hacía referencia la porción normativa que se ha declarado inconstitucional en este mismo apartado), se debió a la intención del legislador de regular cuestiones relativas a los derechos de parentesco entre el cónyuge de la gestante y el nacido a través de esta técnica.
263. Sin embargo, como se verá, el consentimiento o conocimiento del cónyuge o concubino para efecto de la renuncia a sus derechos de parentesco —en congruencia con la ausencia de voluntad procreacional de éste— encuentra una previsión específica<sup>95</sup>. En el artículo 380 Bis 3, párrafo tercero, se establece como requisito del contrato de gestación, que en su caso el cónyuge o concubino de la gestante renuncie a cualquier derecho de parentesco con el recién nacido<sup>96</sup>.

<sup>94</sup> ARTICULO 324. Quiénes se presumen hijos de los cónyuges

Se presumen hijos de los cónyuges, **incluyendo a los concebidos como consecuencia del uso de cualquier método de reproducción humana artificial:**

I.- Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio; y

II.- Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio.

ARTICULO 340.- Presunción de los hijos de concubinato

Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

I.- Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que empezó el concubinato;

II.- Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina; y

III.- Los nacidos después de los trescientos días en que haya cesado la vida en común, **que hayan sido concebidos como consecuencia del empleo de cualesquiera métodos de reproducción humana artificial, ya sea que tengan o no un nexo biológico con uno o ambos padres, siempre que el concubinario haya otorgado su consentimiento de una manera indubitable.**"

<sup>95</sup> Para efectos de esta resolución, se entiende que reproducción humana artificial y reproducción humana asistida son sinónimos.

<sup>96</sup> "Artículo 380 Bis 5.- Requisitos del Contrato de Gestación

(...)

Una vez que sea suscrito el instrumento jurídico ante Notario Público, deberá ser aprobado por el Juez competente, a través de procedimiento judicial no contencioso, en el que se reconozca el

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

264. Así, de una interpretación funcional de los artículos 324, primer párrafo; 340, fracción III; y 380 Bis 5, del Código Civil para el Estado de Tabasco, este Alto Tribunal concluye que la presunción de hijo no opera respecto del cónyuge o concubino de la gestante que renuncia expresamente a cualquier derecho de parentesco con el nacido del procedimiento de gestación por sustitución.
265. Por lo anterior, es que se reitera que las previsiones declaradas inconstitucionales de los párrafos cuarto y sexto se referían a la participación del cónyuge para efecto de *autorizar* la intervención de la mujer en un procedimiento de gestación por sustitución y no así para definir derechos de filiación con el nacido bajo esta técnica.

**3.2 VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN CON MOTIVO DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL Y EL ESTADO CIVIL.**

266. En suplencia de la queja, este Alto Tribunal advierte que el párrafo sexto del artículo 380 Bis 3 impugnado, al establecer que el contrato de gestación subrogada deberá ser firmado por *la madre y el padre contratantes*, resulta discriminatorio con motivo de la orientación sexual y el estado civil. Lo anterior, porque circunscribe el acceso a esta técnica de reproducción asistida únicamente a "parejas" constituidas por un hombre y una mujer<sup>97</sup>, con lo cual *discrimina* a las parejas del mismo sexo que quieran acceder a un procedimiento de gestación por sustitución o, incluso, a cualquier persona soltera, sea mujer u hombre.

---

vínculo entre los contratantes y el feto, a su vez que la gestante y, en su caso, su cónyuge o concubino renuncien a cualquier derecho de parentesco con el recién nacido. El Instrumento aprobado deberá ser notificado en sus efectos a la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado.

(...)"

<sup>97</sup> Del análisis del Decreto impugnado se advierte que el legislador tabasqueño se refiere de forma indistinta a: pareja contratante, padres contratantes, madre y padre contratante, o bien, hace referencia a los cónyuges o concubinos contratantes; atendiendo a lo anterior este Tribunal se referirá a la pareja contratante en el entendido de que ésta se refiere a cónyuges o concubinos y a que en términos del artículo 153 del Código Civil del Estado de Tabasco, si bien no expresamente en relación con el matrimonio, define el concubinato como la unión de un hombre y una mujer.



FORMA A-55

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

267. Los artículos 1° constitucional, 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 2 y 26 (segunda parte) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíben la discriminación con base en diversas categorías sospechosas, como lo son el origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, las condiciones sociales y 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.
268. Es criterio reiterado de este Alto Tribunal que no toda diferencia de trato resulta injustificada o discriminatoria, sino sólo aquellas que resulten arbitrarias y que redunden en detrimento de los derechos humanos.
269. Ahora bien, si la distinción normativa o diferencia de trato incide en una categoría sospechosa el *escrutinio* que habrá de hacer este Alto Tribunal sobre este tipo de disposiciones habrá de ser *estricto*, de manera que sólo serán constitucionales aquellas previsiones que tengan una justificación robusta, quedando en las autoridades estatales la carga argumentativa de demostrar su constitucionalidad<sup>98</sup>.
270. Esto es, en primer lugar, este Tribunal habrá de determinar si la distinción que hace la norma basada en categorías sospechosas cumple con una finalidad imperiosa de rango constitucional; en segundo lugar, se habrá de resolver si la medida legislativa en cuestión está estrechamente vinculada con la consecución de la finalidad imperiosa advertida, y, finalmente, la

<sup>98</sup> Época: Décima Época. Registro: 2010315. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 23, Octubre de 2015, Tomo II. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a./J. 66/2015 (10a.). Página: 1462.

**IGUALDAD. CUANDO UNA LEY CONTENGA UNA DISTINCIÓN BASADA EN UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA, EL JUZGADOR DEBE REALIZAR UN ESCRUTINIO ESTRICTO A LA LUZ DE AQUEL PRINCIPIO.**

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

medida adoptada por el legislador deberá ser la menos restrictiva posible para conseguir efectivamente la finalidad imperiosa constitucional.

271. Por el contrario, si la distinción no incide en una categoría sospechosa, el escrutinio que deberá realizarse será ordinario, debiéndose realizar un examen de proporcionalidad, de manera que se compruebe si persigue una finalidad legítima y resulta idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto<sup>99</sup>.
272. A partir de lo anterior, este Tribunal Pleno, del análisis de la exposición de motivos de la iniciativa presentada por el Poder Ejecutivo del Estado de Tabasco, así como del informe que presentó en este medio de control constitucional, desprende que una de las finalidades de la reforma en cuestión fue proteger el derecho de toda persona a formar una familia.

<sup>99</sup> Tesis 1ª. CCLXIII/2016 (10a.). Publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 36, noviembre de 2016, tomo II, de rubro y texto siguientes: **“TEST DE PROPORCIONALIDAD. METODOLOGÍA PARA ANALIZAR MEDIDAS LEGISLATIVAS QUE INTERVENGAN CON UN DERECHO FUNDAMENTAL.** El examen de la constitucionalidad de una medida legislativa debe realizarse a través de un análisis en dos etapas. En una primera etapa, debe determinarse si la norma impugnada incide en el alcance o contenido inicial del derecho en cuestión. Dicho en otros términos, debe establecerse si la medida legislativa impugnada efectivamente limita al derecho fundamental. De esta manera, en esta primera fase corresponde precisar cuáles son las conductas cubiertas prima facie o inicialmente por el derecho. Una vez hecho lo anterior, debe decidirse si la norma impugnada tiene algún efecto sobre dicha conducta; esto es, si incide en el ámbito de protección prima facie del derecho aludido. Si la conclusión es negativa, el examen debe terminar en esta etapa con la declaración de que la medida legislativa impugnada es constitucional. En cambio, si la conclusión es positiva, debe pasarse a otro nivel de análisis. En esta segunda fase, debe examinarse si en el caso concreto existe una justificación constitucional para que la medida legislativa reduzca o limite la extensión de la protección que otorga inicialmente el derecho. Al respecto, es necesario tener presente que los derechos y sus respectivos límites operan como principios, de tal manera que las relaciones entre el derecho y sus límites encierran una colisión que debe resolverse con ayuda de un método específico denominado test de proporcionalidad. En este orden de ideas, para que las intervenciones que se realizan a algún derecho fundamental sean constitucionales debe corroborarse lo siguiente: (i) que la intervención legislativa persiga un fin constitucionalmente válido; (ii) que la medida resulte idónea para satisfacer en alguna medida su propósito constitucional; (iii) que no existan medidas alternativas igualmente idóneas para lograr dicho fin, pero menos lesivas para el derecho fundamental; y, (iv) que el grado de realización del fin perseguido sea mayor al grado de afectación provocado al derecho fundamental por la medida impugnada. En este contexto, si la medida legislativa no supera el test de proporcionalidad, el derecho fundamental preservará su contenido inicial o prima facie. En cambio, si la ley que limita al derecho se encuentra justificada a la luz del test de proporcionalidad, el contenido definitivo o resultante del derecho será más reducido que el contenido inicial del mismo.



FORMA A-55

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

## PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

273. En efecto, de la exposición de motivos del Poder Ejecutivo —que a la postre fue la base del Decreto impugnado<sup>100</sup>— desprende que un objetivo específico de la reforma y adición, fue el de proteger el derecho de toda persona a formar una familia y decidir libremente el número y esparcimiento de sus hijos<sup>101</sup>. Lo anterior se reiteró con la defensa que efectuó el Poder Estatal en cita en su respectivo informe, en el que planteó como finalidad de la reforma y adición del Decreto impugnado, la de proteger el derecho de toda persona al desarrollo de la familia y a decidir libremente el número y esparcimiento de sus hijos<sup>102</sup>.

274. Resulta entonces que la exclusión de parejas homosexuales o solteros al acceso a la gestación por sustitución en términos de lo previsto en el sexto párrafo del artículo 380 Bis 3 del Código Civil para el Estado de Tabasco *persigue*, en principio, *una finalidad imperiosa de rango constitucional* pues de conformidad con el artículo 4° constitucional el legislador tiene la obligación de proteger “la organización y el desarrollo de la familia”, aunque, como observaremos, el legislador interpreta el concepto de “familia” de forma diversa a la interpretación constitucional y convencional.

275. En segundo término, dado que se cumplió con el primer paso, se ha de resolver si esta exclusión está estrechamente vinculada con la finalidad imperiosa advertida; esto es, se habrá de resolver si la medida en cuestión se conecta directamente con la protección de la familia en términos de los artículos 4° constitucional, 11 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 17 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como de las interpretaciones que este Alto Tribunal y la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos han hecho de dichos derechos.

<sup>100</sup> Foja 165 vuelta del cuaderno de pruebas.

<sup>101</sup> Foja 33 del cuaderno de pruebas.

<sup>102</sup> Fojas 169, 174 y 210 del cuaderno principal.

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

276. Como de demostrará a continuación, este Tribunal llega a la convicción de que la exclusión de las parejas homosexuales y de personas solteras del acceso y uso de la técnica de reproducción asistida denominada gestación por sustitución **no es una medida que protege el mandato constitucional del artículo 4°.**
277. En términos del artículo 4° constitucional, los derechos reproductivos y el derecho a fundar una familia, corresponde a *toda persona* y se basa en tres principios fundamentales: la libertad, la responsabilidad y la información. En la misma línea se han interpretado los artículos 11 y 17 de la Convención Americana que prevén que el derecho a conformar una familia comprende la decisión de convertirse en madre o padre biológico e incorpora la opción y acceso a los medios pertinentes para materializarla<sup>103</sup>.
278. La Corte Interamericana de Derecho Humanos, en interpretación del artículo 17 de la Convención Americana, ha establecido la necesidad de reconocer el derecho de toda persona, en ejercicio de su libre desarrollo de la personalidad, de ser madre o padre en el sentido genético o biológico. Ha enfatizado que esta decisión constituye parte fundamental de la autodeterminación de las personas, conforme a sus propias opciones y convicciones y, consecuentemente, requiere de la más amplia protección estatal de cualquier injerencia arbitraria y caprichosa<sup>104</sup>.
279. Es criterio de este Tribunal Pleno<sup>105</sup> que el derecho a fundar una familia no puede estar limitado a un determinado modelo o formato; la familia no se

<sup>103</sup> Corte IDH. Caso *Artavia Murillo y Otros ("Fecundación In Vitro") Vs Costa Rica*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012, párrafo 278.

<sup>104</sup> Ídem párrafos 141-144

<sup>105</sup> Época: Novena Época. Registro: 161267. Instancia: Pleno. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXIV, Agosto de 2011. Materia(s): Constitucional, Civil



FORMA A-05

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

reduce al matrimonio, ni al concubinato. La familia es una realidad social que se protege en todas sus formas y manifestaciones en tanto realidad existente.

280. Este Máximo Tribunal pone en evidencia que, tradicionalmente, el derecho reguló las relaciones familiares con base en un único tipo de familia, el nuclear tradicional, conformado por los progenitores, padres y madre, y sus hijos. Sin embargo, en el transcurso y cambio de los tiempos, han surgido en la sociedad varias formas familiares diversas a las nucleares, lo que da como resultado una pluralidad de realidades que coexisten en el todo intercultural.

281. Estas realidades tienen que ser tomadas en cuenta para la interpretación de las normas, en este caso, para el acceso a la técnica de reproducción asistida que nos ocupa, pues de conformidad con el orden constitucional y convencional, el derecho a la familia debe interpretarse de manera consciente de las diversidades y en procura de la creación de condiciones que permitan la consecución de los fines familiares bajo el enfoque de tutelar los derechos de igualdad y no discriminación.

282. Así lo ha considerado la Corte Interamericana al establecer que “en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad. En ese sentido, el derecho y los Estados deben ayudar al avance

Tesis: P. XXI/2011. Página: 878.

**MATRIMONIO. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS NO ALUDE A DICHA INSTITUCIÓN CIVIL NI REFIERE UN TIPO ESPECÍFICO DE FAMILIA, CON BASE EN EL CUAL PUEDA AFIRMARSE QUE ÉSTA SE CONSTITUYE EXCLUSIVAMENTE POR EL MATRIMONIO ENTRE UN HOMBRE Y UNA MUJER.**

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos<sup>106n</sup>.

283. De acuerdo con lo anterior, como se anunció, este Tribunal Pleno concluye que la distinción que hace el párrafo sexto del artículo 380 Bis 6 con base en el estado civil y las preferencias sexuales *no está directamente conectada* con el mandato constitucional de proteger a la familia en los términos que lo ha interpretado esta Suprema Corte.
284. En efecto, al definir que el contrato de gestación por sustitución habrá de ser contratado por una madre y un padre, la norma excluye injustificadamente a las parejas homosexuales y a los solteros de poder acceder a esta técnica de reproducción, cuando ni las preferencias sexuales, ni el estado civil resultan relevantes para la protección de la familia en términos del artículo 4° constitucional.
285. El derecho a ser madre o padre, el derecho de conformar una familia corresponde a *cualquier persona*, independientemente de su estado civil o de su orientación sexual. La construcción de una familia a través de cualquier técnica de reproducción humana asistida no sólo corresponde a las parejas infértiles, ni a las parejas heterosexuales, sino a todo aquel que tenga voluntad procreacional y que por alguna circunstancia no tenga posibilidad de concebir o no quiera hacerlo por sí.
286. La Primera Sala de este Alto Tribunal ya se ha pronunciado sobre el derecho de las parejas homosexuales a formar una familia, específicamente, a la reproducción humana asistida; se reconoció su derecho a convertirse en madre o padre mediante el acceso a los adelantos de la ciencia en materia

---

<sup>106</sup> Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012, fondo, reparaciones y costas, párrafo 120.



FORMA A-05

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

de reproducción asistida. Este Tribunal Pleno comparte este criterio, en el sentido de que no hay justificación constitucionalmente válida para restringir el acceso de las parejas homosexuales a los beneficios del progreso científico. A la luz de su autonomía reproductiva, estas parejas tienen derecho de acceder libre y autónomamente a cualquier método para regular la fecundidad<sup>107</sup>.

287. La misma línea argumentativa resulta aplicable a las personas solteras, que en ejercicio de su autonomía reproductiva, deciden ser madres o padres a través del uso de una técnica de reproducción asistida como la gestación subrogada; es la voluntad procreacional, y no el estado civil del individuo, lo que resulta realmente relevante en la interpretación del derecho a fundar una familia.

288. En este sentido, además de que la distinción normativa no está estrechamente vinculada con la finalidad imperiosa de proteger a la "familia" entendida ésta en los términos antes precisados, la misma constituye una norma que es claramente discriminatoria de las parejas homosexuales o de los solteros que, al igual que las parejas heterosexuales, tienen derecho a fundar una familia a través del uso de una técnica de reproducción humana asistida. Esta medida, lejos de proteger a la familia en términos de los artículos 4º constitucional y de los diversos 17 de la Convención Americana y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reitera la concepción de que la pareja heterosexual es el elemento esencial para el reconocimiento del derecho a fundar una familia, lo cual no responde a la realidad social de nuestro país y es contraria al artículo 1º constitucional al introducir una distinción discriminatoria en razón de la orientación sexual y el

<sup>107</sup> Época: Décima Época. Registro: 2020783. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 71, Octubre de 2019, Tomo II. Materia(s): Constitucional, Civil, Civil. Tesis: 1a. LXXXVII/2019 (10a.). Página: 1157  
**DERECHO A LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA. LO TIENEN LAS PAREJAS DE MATRIMONIOS HOMOSEXUALES.**

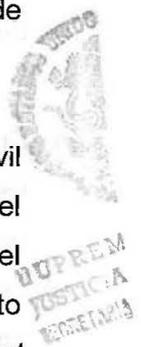
## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

estado civil, y desconocer los avances normativos y jurisprudenciales realizados en materia del derecho a la igualdad y no discriminación.

289. Por lo anterior, este Tribunal Pleno llega a la conclusión de que es inconstitucional la porción normativa que establece “*la madre y el padre*”, prevista en el artículo 380 Bis 3, párrafo sexto.

**4. ANÁLISIS DEL CUARTO CONCEPTO DE INVALIDEZ.**

290. En el cuarto concepto de invalidez, la accionante aduce que el legislador del Estado de Tabasco incurrió en una “omisión legislativa relativa en competencia de ejercicio potestativo”, dado que si bien ejerció su facultad potestativa para legislar en materia de maternidad subrogada, lo realizó de forma incompleta o deficiente.
291. Al respecto, sostiene que al preverse en el artículo 380 Bis 5 del Código Civil para el Estado de Tabasco, los requisitos del contrato de gestación, el legislador local incurrió en una omisión legislativa, porque el Congreso del Estado, emitió la norma deficiente al no establecer lo relacionado al ámbito económico de dicho contrato; es decir, el legislador al prever un capítulo *ad hoc* que denominó “Contrato de Gestación”, *debió indefectiblemente regular el contenido económico del mismo*.
292. La Procuradora General de la República sostiene que dicha omisión tiene un impacto directo en los derechos reconocidos en los artículos 14 y 16 de la Constitución General, lo cual, dicho sea de paso, afecta el interés superior del menor, toda vez que la incertidumbre jurídica alegada no haría sino generar problemáticas respecto al cumplimiento e incumplimiento del contrato de gestación, lo que redundará directamente en los derechos de los menores que serán concebidos bajo este procedimiento.





FORMA A-05

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

293. La accionante aduce, en último término, 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.
294. Es **infundado** este concepto de invalidez.
295. Conforme a la doctrina constitucional de esta Suprema Corte, es posible distinguir entre las nociones de omisiones legislativas *absolutas* y *relativas*.<sup>108</sup> Las primeras se presentan cuando “[el órgano legislativo] simplemente no ha ejercido su competencia de crear leyes en ningún sentido, ni ha externado normativamente ninguna voluntad para hacerlo, de ahí que la misma siga siendo puramente potencia”. En cambio, las omisiones legislativas relativas ocurren cuando “el órgano legislativo [ha] ejercido su competencia, pero de manera parcial o simplemente no realizándola de manera completa e integral, impidiendo así el correcto desarrollo y eficacia de su función creadora de leyes.”
296. Aunado a lo anterior, este Tribunal Constitucional ha distinguido entre las omisiones legislativas de *ejercicio potestativo* y de *ejercicio obligatorio*, en función de si existe una obligación de actuar o si se trata de una facultad discrecional.
297. En el caso, el concepto de invalidez recae sobre el artículo 380 Bis 5 del Código Civil para el Estado de Tabasco, que establece:

<sup>108</sup> Sobre la distinción entre omisiones legislativas en absolutas y relativas, véase también Díaz Revorio, Francisco Javier, “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo”, *Revista Española de Derecho constitucional*, núm. 61, 2001, pp. 83-85; y Fernández Segado, Francisco, *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado*, t. I, Madrid, Dykinson, 2009, pp. 596-602.

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

## ARTICULO 380 Bis 5. Requisitos del Contrato de Gestación

El contrato de gestación deberá ser suscrito por las partes, previo cumplimiento por parte de los contratantes de los siguientes requisitos:

I. Ser ciudadanos mexicanos;

II. Poseer plena capacidad de goce y ejercicio de sus derechos;

III. La mujer contratante debe acreditar, mediante certificado médico expedido por el médico tratante de la institución acreditada, que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y que cuenta entre veinticinco y cuarenta años de edad; (declarado previamente inconstitucional)

IV. La mujer gestante debe otorgar su aceptación pura y simple para que se lleve a cabo en su útero la implantación de la mórula 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; (declarado previamente inconstitucional)

V. La gestante cumpla con los requisitos establecidos en el presente Código.

Para los efectos de la fracción III del presente artículo, el médico tratante adicionalmente deberá extender y solicitar los certificados médicos que acrediten los supuestos correspondientes. El médico tratante realizará los exámenes médicos previos a la transferencia y que sean necesarios de la salud física y mental de la mujer gestante, para corroborar que no posee ningún padecimiento que ponga en riesgo el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el período gestacional. La mujer gestante, el padre y la madre contratantes, deberán someterse a los estudios que establezca la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado y que garanticen la salud de los implicados.

Una vez que sea suscrito el instrumento jurídico ante Notario Público, deberá ser aprobado por el Juez competente, a través de procedimiento judicial no contencioso, en el que se reconozca el vínculo entre los contratantes y el feto, a su vez que la gestante y, en su caso, su cónyuge o concubino renuncien a cualquier derecho





FORMA A-05

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

de parentesco con el recién nacido. El Instrumento aprobado deberá ser notificado en sus efectos a la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado.

Se autoriza únicamente la implantación de hasta dos embriones fecundados en un mismo procedimiento de reproducción asistida.

298. La accionante aduce que el legislador del Estado de Tabasco incurrió en una *omisión legislativa relativa en una competencia de ejercicio potestativo*, pues emitió una regulación sobre gestación subrogada de manera incompleta o deficiente, esto, al no establecer lo relacionado con el ámbito económico del contrato de este procedimiento; es decir, argumenta que el legislador al prever un capítulo *ad hoc* que denominó "Contrato de Gestación", debió indefectiblemente prever el contenido económico del mismo y, al no incluirse expresamente si el contrato de gestación subrogada debía ser oneroso y gratuito, se genera una omisión que vulnera el texto constitucional.
299. De acuerdo con la doctrina desarrollada por este Alto Tribunal, para demostrar que se configura una *omisión legislativa relativa de ejercicio potestativo* se tiene que advertir que, aun cuando no existe un mandato constitucional específico de legislar en un determinado sentido, lo cierto es que la ausencia de cierto contenido normativo provoca la contravención al texto constitucional. En este sentido, el control que puede hacer este Alto Tribunal en relación con la inactividad del legislador en el caso de las omisiones de ejercicio potestativo parte de la premisa fundamental de que, en la emisión de esta regulación, el legislador cuenta con una facultad discrecional.
300. La accionante fundamenta la inconstitucionalidad del artículo 380 Bis 5 pues a su parecer (i) el hecho de que el legislador local no haya establecido lo relativo al aspecto económico del contrato de gestación subrogada vulnera los artículos 14 y 16 constitucionales y, consecuentemente, el interés superior del menor por la incertidumbre que la ausencia normativa genera en el

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

cumplimiento de estos contratos y (ii) atendiendo a lo previsto en la Ley General de Salud en relación con la *gratuidad* que caracteriza a la donación de órganos, aquellos de gestación subrogada también deben seguir este principio altruista.

301. **Incertidumbre en el cumplimiento del contrato de gestación subrogada e interés superior del menor.** En términos del artículo 380 Bis 5, el contrato de gestación subrogada deberá suscribirse ante notario público y, posteriormente, aprobarse por el juez competente conforme al procedimiento judicial no contencioso; lo anterior, a efecto de que se reconozca el vínculo entre quien contrata y el producto de la gestación por sustitución, así como para que la gestante y, en su caso, su cónyuge, renuncien a cualquier derecho de parentesco. Es decir, contrario a lo argumentado por la accionante, *precisamente* a la luz del interés superior del menor, el legislador tabasqueño judicializó la ejecución del mismo.
302. La regulación adoptada por el legislador local que exige un proceso “pre-aprobatorio” de los contratos de gestación por sustitución a efecto de reconocer la relación filial entre el niño nacido por este procedimiento y quien contrata, salvaguarda el interés superior del menor en la etapa del cumplimiento del contrato.
303. En efecto, este Tribunal Constitucional, llega a la conclusión de que, la determinación de establecer sistemas comerciales o altruistas forma parte de la libertad configurativa de las legislaturas locales. Ello no obsta para que considere que la mayor protección para todas las personas involucradas en ese tipo de contratos se alcanzaría a través de una regulación integral, que permita tanto los contratos de gestación onerosos como gratuitos, pues, como se dijo en apartados anteriores, la prohibición de los contratos onerosos puede llevar a la práctica de la gestación subrogada en la clandestinidad, impactando a las mujeres más vulnerables, más pobres y desprotegidas.





FORMA A-65

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

304. Ante la falta de regulación sobre el carácter altruista o comercial del contrato de gestación subrogada, este Alto Tribunal considera que, al encontrarse este aspecto bajo la libertad configurativa del legislador, rige el principio de autonomía de la voluntad, con base en el cuál sino está prohibida la remuneración, como en el caso, entonces se entiende permitida y, en consecuencia el derecho de cobrar o no por el procedimiento de gestación le corresponde a la mujer gestante, pues es ella la que se somete al procedimiento en cuestión.

305. Este Alto Tribunal enfatiza que, a la luz del interés superior del menor, todos los Estados están obligados a prohibir la venta de niños y a crear salvaguardas para su prevención de conformidad con los artículos 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>109</sup> y el artículo 1 del Protocolo Facultativo de esta Convención, relativo a la venta de niños, a la prostitución infantil y a la utilización de los niños en la pornografía.<sup>110</sup>

306. Esta prohibición, que tienen origen en la protección del interés superior del menor, —pues— es instrumental para evitar la trata de menores, la venta de órganos y la explotación sexual y laboral de los menores, debe entenderse como una salvaguarda de este interés y, en consecuencia, como una pauta mínima de actuación dirigida a las autoridades judiciales encargadas de supervisar la validez de un contrato de esta naturaleza.

307. **Gratuidad del contrato de gestación subrogada atendiendo a lo previsto en la Ley General de Salud.** No asiste razón a la accionante cuando aduce que, de conformidad con lo previsto en la Ley General de Salud, los contratos

<sup>109</sup> **Artículo 35** Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.

<sup>110</sup> **Artículo 1** Los Estados Partes prohibirán la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil, de conformidad con lo dispuesto en el presente Protocolo.

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

de gestación subrogada en el Estado de Tabasco deben ser gratuitos. Como se desarrolló previamente, en la emisión de la regulación en la materia, el legislador local cuenta con una libertad de configuración que, siempre y cuando no atente contra ningún imperativo constitucional o convencional, le permite adoptar cualquier regulación en el ámbito civil, en el caso, en relación con el aspecto económico del contrato.

308. Es decir, el hecho de que el legislador tabasqueño no establezca una previsión específica en relación con el aspecto económico del contrato y, consecuentemente, que lo deje a la libre voluntad contractual de las partes se inscribe en la atribución discrecional que tiene en la materia, sin que sea dable contrastar la regulación impugnada con lo previsto en la Ley General de Salud. Aunado a lo anterior, como se precisó en párrafos anteriores, la regulación a la que hace alusión la accionante se refiere a la donación de órganos, procedimiento que no es comparable con la gestación subrogada por constituir cuestiones diferentes.
309. **SEXTO. Extensión de la declaratoria de invalidez.** Por último, dado que es criterio mayoritario de este Tribunal Pleno que, con fundamento en la fracción IV del artículo 41 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Federal<sup>111</sup>, aplicable al presente medio de control en términos del artículo 73 del propio ordenamiento<sup>112</sup>, por extensión debe declararse la invalidez de todos aquellos preceptos que actualicen el mismo vicio de inconstitucionalidad que el impugnado.

---

<sup>111</sup> "Artículo 41. Las sentencias deberán contener:

(...)

IV. Los alcances y efectos de la sentencia, fijando con precisión, en su caso, los órganos obligados a cumplirla, las normas generales o actos respecto de los cuales opere y todos aquellos elementos necesarios para su plena eficacia en el ámbito que corresponda. Cuando la sentencia declare la invalidez de una norma general, sus efectos deberán extenderse a todas aquellas normas cuya validez dependa de la propia norma invalidada; (...)"

<sup>112</sup> "Artículo 73. Las sentencias se regirán por lo dispuesto en los artículos 41, 43, 44 y 45 de esta ley".



FORMA A-55

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

6.1. EXTENSIÓN DE INVALIDEZ POR DISCRIMINACIÓN.

310. En la misma línea argumentativa que en el punto anterior, dada la inconstitucionalidad decretada de la porción normativa que establece “la madre y el padre” prevista en el párrafo sexto del artículo 380 Bis 3, procede extender la invalidez a los siguientes artículos en las porciones normativas que se indican en la tabla que se inserta a continuación, por estimarse igualmente discriminatorias por los mismos motivos que la porción declarada inválida.

Artículo conforme al Decreto impugnado.	Razón de la declaración de invalidez por extensión.
<p>ARTICULO 380 Bis.- Concepto de Reproducción Humana Asistida</p> <p>[...] Se permite a los <b>cónyuges</b> o <b>concubinos</b> la inseminación o fecundación homóloga y heteróloga. Se entiende por fecundación homóloga aquella en la que los gametos son aportados por ambos <b>cónyuges</b> o <b>concubinos</b>; 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 <b>cónyuges</b> o <b>concubinos</b>.</p> <p>[...]</p>	<p>Las porciones normativas resaltadas en negritas resultan discriminatorias por estado civil y por orientación sexual.</p> <p>El derecho a ser madre o padre, el derecho de conformar una familia corresponde a <i>cualquier persona</i>, independientemente de su estado civil o de su orientación sexual. El acceso a cualquier técnica de reproducción humana asistida no sólo corresponde a los cónyuges o concubinos sino a todo aquel que tenga voluntad procreacional y que por alguna circunstancia no tenga posibilidad de concebir o no quiera hacerlo por sí.</p> <p>En consecuencia, cuando la norma se refiere a cónyuges o concubinos, debe entenderse como dirigida a los contratantes, sin importar su estado civil.</p>

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

<p>ARTICULO 380 Bis 1.- Gestación por Contrato</p> <p>La gestación por contrato se efectuará a través de la práctica médica, mediante la cual una mujer gesta el producto fecundado por los <b>padres</b> contratantes...</p>	<p>La porción normativa destacada en negritas resulta discriminatoria por estado civil y por orientación sexual, pues al referirse a los <i>padres</i> contratantes, limita el acceso a esta TRA a las parejas heterosexuales.</p>
<p>ARTICULO 380 Bis 2. Formas de Gestación por Contrato</p> <p>La gestación por contrato, admite las siguientes modalidades:</p> <p>I. Subrogada: implica que la gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos y que, después del parto, entregue el recién nacido a la <b>madre</b> contratante mediante adopción plena;</p>	<p>La porción normativa destacada en negritas, al referirse a la madre resulta discriminatoria contraviene frontalmente el artículo 1° constitucional.</p>
<p>ARTICULO 380 Bis 5. Requisitos del Contrato de Gestación</p> <p>El contrato de gestación deberá ser suscrito por las partes, previo cumplimiento por parte de los contratantes de los siguientes requisitos: (...) IV. La mujer gestante debe otorgar su aceptación pura y</p>	<p>Las porciones normativas destacadas en negritas, al referirse a la madre y padre o padres contratantes, y a su cónyuge o concubino, resultan igualmente discriminatorias contraviniendo frontalmente el artículo 1° constitucional.</p> <p>Cuando la norma se refiere a cónyuges o concubinos, debe entenderse como dirigida a los contratantes, sin importar su estado civil.</p>



FORMA A-55

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

simple para que se lleve a cabo en su útero la implantación de la mórula 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  
(...)

Para los efectos de la fracción III del presente artículo, el médico tratante adicionalmente deberá extender y solicitar los certificados médicos que acrediten los supuestos correspondientes. El médico tratante realizará los exámenes médicos previos a la transferencia y que sean necesarios de la salud física y mental de la mujer gestante, para corroborar que no posee ningún padecimiento <sup>S</sup> que ponga en riesgo el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el periodo gestacional. La mujer gestante, **el padre y la madre** contratantes, deberán someterse a los estudios que establezca la Secretaría

N T E N C I A

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

<p>de Salud del Gobierno del Estado y que garanticen la salud de los implicados.</p> <p>Una vez que sea suscrito el instrumento jurídico ante Notario Público, deberá ser aprobado por el Juez competente, a través de procedimiento judicial no contencioso, en el que se reconozca el vínculo entre los contratantes y el feto, a su vez que la gestante <b>y, en su caso, su cónyuge o concubino</b> renuncien a cualquier derecho de parentesco con el recién nacido. El Instrumento aprobado deberá ser notificado en sus efectos a la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado.</p>	
<p>ARTICULO 380 Bis 7.- Responsabilidades</p> <p>[...]</p> <p>El contrato de gestación carece de validez cuando haya existido error o dolo respecto a la identidad de los <b>padres</b> contratantes por parte de la mujer gestante, en cuyo caso están a salvo sus derechos para demandar civilmente los daños y perjuicios ocasionados y</p>	<p>Las porciones normativas destacadas en negritas, al referirse a la madre y padre o padres contratantes, resultan igualmente discriminatorias.</p>



FORMA A-55

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

<p>presentar denuncias penales, en su caso.</p> <p>Asimismo, podrá la gestante demandar a <b>la madre y al padre</b> los contratantes el pago de gastos médicos, en caso de patologías genéticas y las que deriven de una inadecuada atención y control médico prenatal y postnatal.</p> <p>Será obligación de los <b>padres</b> contratantes garantizar con una póliza de seguro de gastos médicos mayores, expedido (sic) por una institución de seguros establecida legalmente en territorio nacional, que cubra los gastos originados en la atención del embarazo, parto y puerperio, a favor de la gestante sustituta o subrogada.</p> <p>(...)</p>	<p style="text-align: center;">SENTENCIA</p>
--	--

CORTE DE LA NACIÓN

6.2. DECRETO TRAS LA INVALIDEZ.

311. En este orden, dado el análisis de constitucionalidad realizado, este Tribunal Pleno concluye que el Decreto 265, publicado en el periódico oficial del Estado de Tabasco el trece de enero de dos mil dieciséis, deberá leerse de la siguiente manera:

ARTICULO 380 Bis.- Concepto de Reproducción Humana Asistida.

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

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 ~~contratantes 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 contratantes ~~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.

## ARTICULO 380 Bis 1.- Gestación por Contrato.

La gestación por contrato se efectuará a través de la práctica médica, mediante la cual una mujer gesta el producto fecundado por los **padres** contratantes, cuando la madre pactante padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero.

## ARTICULO 380 Bis 2. Formas de Gestación por Contrato.

La gestación por contrato, admite las siguientes modalidades:

I. Subrogada: implica que la gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos y que, después del parto, entregue el recién nacido a la **madre** contratante mediante adopción plena;

## ARTICULO 380 Bis 3.- Condición de la Gestante.

La Secretaría de Salud del Gobierno del Estado determinará el perfil clínico, psicológico y social de la "madre gestante" previamente a su contratación, para comprobar que su entorno social sea estable, libre de violencia y su condición física y psicológica sea favorable para el adecuado desarrollo de la gestación.



FORMA A-05

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ninguna mujer que padezca alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía podrá ser contratada como madre gestante.

Pueden ser contratadas como gestantes sólo las mujeres de entre veinticinco y hasta treinta y cinco años de edad que tengan una buena salud biopsicosomática y que hayan dado su consentimiento de manera voluntaria para ser gestante subrogada o sustituta, habiendo adquirido plena información acerca del proceso, previa a la manifestación de su consentimiento.

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~~ los 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.

Las instituciones y clínicas de reproducción humana asistida, así como el personal médico especializado en esta materia, deberán estar previamente acreditados y autorizados por la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado para la prestación de esos servicios; las clínicas deberán contar con la licencia sanitaria correspondiente.

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

Las instituciones que realicen este procedimiento y el control prenatal, deberán enviar un informe mensual a la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado, con copia del expediente clínico conforme a la legislación federal aplicable a la materia, además de lo que señale la legislación estatal.

Las instituciones que brinden atención obstétrica, resultado del procedimiento de reproducción asistida, deberán informar el nacimiento a la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado, durante las primeras veinticuatro horas de ocurrido el mismo y el tipo de atención brindada; esta notificación deberá incluir la copia del certificado de nacimiento del o los recién nacidos.

Los notarios públicos que participen en la celebración de contratos para estos procedimientos, deberán informarlo en un plazo de veinticuatro horas a la Secretaría de Salud y al Registro Civil del Estado, mediante copia certificada del instrumento celebrado entre las partes.

**ARTICULO 380 Bis 5.- Requisitos del Contrato de Gestación.**

El contrato de gestación deberá ser suscrito por las partes, previo cumplimiento por parte de los contratantes de los siguientes requisitos:

- I. Ser ciudadanos mexicanos;
- II. Poseer plena capacidad de goce y ejercicio de sus derechos;
- III. La mujer contratante debe acreditar, mediante certificado médico expedido por el médico tratante de la institución acreditada, que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y que cuenta entre veinticinco y cuarenta años de edad;
- IV. La mujer gestante debe otorgar su aceptación pura y simple para que se lleve a cabo en su útero la implantación de la mórula 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
- V. La gestante cumpla con los requisitos establecidos en el presente Código.

Para los efectos de la fracción III del presente artículo, el médico tratante adicionalmente deberá extender y solicitar los certificados médicos que acrediten los supuestos correspondientes. El médico



FORMA A-55

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

tratante realizará los exámenes médicos previos a la transferencia y que sean necesarios de la salud física y mental de la mujer gestante, para corroborar que no posee ningún padecimiento que ponga en riesgo el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el período gestacional. La mujer gestante, ~~el padre y la madre~~ los contratantes, deberán someterse a los estudios que establezca la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado y que garanticen la salud de los implicados.

Una vez que sea suscrito el instrumento jurídico ante Notario Público, deberá ser aprobado por el Juez competente, a través de procedimiento judicial no contencioso, en el que se reconozca el vínculo entre los contratantes y el feto, a su vez que la gestante ~~y, en su caso, su cónyuge o concubino~~ renuncien a cualquier derecho de parentesco con el recién nacido. El Instrumento aprobado deberá ser notificado en sus efectos a la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado.

Se autoriza únicamente la implantación de hasta dos embriones fecundados en un mismo procedimiento de reproducción asistida.

## ARTICULO 380 Bis 7.- Responsabilidades.

El contrato de gestación carece de validez cuando haya existido error o dolo respecto a la identidad de los ~~padres~~ contratantes por parte de la mujer gestante, en cuyo caso están a salvo sus derechos para demandar civilmente los daños y perjuicios ocasionados y presentar denuncias penales, en su caso.

Asimismo, podrá la gestante demandar a ~~la madre y al padre~~ los contratantes el pago de gastos médicos, en caso de patologías genéticas y las que deriven de una inadecuada atención y control médico prenatal y postnatal.

Será obligación de los ~~padres~~ contratantes garantizar con una póliza de seguro de gastos médicos mayores, expedido (sic) por una institución de seguros establecida legalmente en territorio nacional, que cubra los gastos originados en la atención del embarazo, parto y puerperio, a favor de la gestante sustituta o subrogada.

Se harán acreedores a las responsabilidades civiles aquellos médicos tratantes que realicen la implantación o fecundación de embriones humanos sin su consentimiento y sin la plena aceptación de las partes que intervienen.

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

Los notarios públicos que indebidamente den fe o certifiquen contratos de gestación sin apego a las disposiciones jurídicas aplicables, serán separados definitivamente de su encargo, en términos de la Ley de la materia, sin demérito de las demás responsabilidades o delitos en que incurran.

312. **SÉPTIMO. Efectos.** De conformidad con los artículos 73 y 41 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Federal<sup>113</sup>, las declaratorias de invalidez a que se refiere este fallo surtirán sus efectos a partir de la notificación de los puntos resolutiveos de esta sentencia al Congreso del Estado de Tabasco.
313. Lo anterior implica que los procedimientos iniciados bajo la vigencia del Decreto impugnado, deberán concluirse bajo la aplicación del propio Decreto, esto en aras de asegurar los derechos de aquellas personas involucradas en procesos de gestación subrogada.
314. **OCTAVO.** Finalmente, este Tribunal Constitucional no puede obviar la imperante necesidad que existe en el Estado Mexicano de regular el acceso a la gestación por sustitución; así, en su papel comprometido con los derechos fundamentales, 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.

<sup>113</sup> "Artículo 73. Las sentencias se regirán por lo dispuesto en los artículos 41, 43, 44 y 45 de esta ley."

"Artículo 41. Las sentencias deberán contener: I. La fijación breve y precisa de las normas generales o actos objeto de la controversia y, en su caso, la apreciación de las pruebas conducentes a tenerlos o no por demostrados; II. Los preceptos que la fundamenten; III. Las consideraciones que sustenten su sentido, así como los preceptos que en su caso se estimaren violados; IV. Los alcances y efectos de la sentencia, fijando con precisión, en su caso, los órganos obligados a cumplirla, las normas generales o actos respecto de los cuales opere y todos aquellos elementos necesarios para su plena eficacia en el ámbito que corresponda. Cuando la sentencia declare la invalidez de una norma general, sus efectos deberán extenderse a todas aquellas normas cuya validez dependa de la propia norma invalidada; V. Los puntos resolutiveos que decreten el sobreseimiento, o declaren la validez o invalidez de las normas generales o actos impugnados, y en su caso la absolución o condena respectivas, fijando el término para el cumplimiento de las actuaciones que se señalen; VI. En su caso, el término en el que la parte condenada deba realizar una actuación."



FORMA A-55

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

315. Por todo lo expuesto, este Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,

**RESUELVE:**

**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

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

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.

Notifíquese; haciéndolo por medio de oficio a las partes, así como al Titular del Poder Ejecutivo del Estado de Tabasco, al Titular del Registro Civil de Tabasco, al Tribunal Superior de Justicia de dicha entidad, a los tribunales colegiados especializados en materia civil y unitarios de Circuito, correspondiente, a los juzgados de distrito en el Estado de Tabasco, y a la Fiscalía General de Justicia del Estado de Tabasco.





FORMA A-55

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Así lo resolvió el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

**En relación con el punto resolutivo primero:**

Se aprobó 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, respecto de los considerandos primero, segundo, tercero y cuarto relativos, respectivamente, a la competencia, a la oportunidad, a la legitimación y a la improcedencia. El señor Ministro Gutiérrez Ortiz Mena se ausentó durante esta votación.

**En relación con el punto resolutivo segundo:**

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, respecto 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 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.

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,

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

respecto del considerando quinto, relativo al estudio, en su apartado II, denominado "Decreto impugnado", en su tema 1, parte primera, en su 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, Esquivel Mossa, Franco González Salas, Aguilar Morales, Pardo Rebolledo, Piña Hernández, Ríos Farjat y Laynez Potisek, respecto del considerando quinto, relativo al estudio, en su apartado II, denominado "Decreto impugnado", en su tema 1, parte primera, consistente en 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 del considerando quinto, relativo al estudio, en su apartado II, denominado "Decreto impugnado", en su tema 1, parte primera, consistente en 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



FORMA 05

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

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.

**En relación con el punto resolutivo tercero:**

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 del considerando quinto, relativo al estudio, en su apartado II, denominado “Decreto impugnado”, en su tema 1, parte primera, consistente en 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 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, respecto 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

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

dicha entidad federativa el trece de enero de dos mil dieciséis. 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.

Se aprobó por unanimidad de once votos de las señoras Ministras y de los señores Ministros Gutiérrez Ortiz Mena incluso por la invalidez de la totalidad del párrafo respectivo, González Alcántara Carrancá incluso por la invalidez de la totalidad del párrafo respectivo, Esquivel Mossa, Franco González Salas apartándose del argumento de la competencia, Aguilar Morales incluso por la invalidez de la totalidad del párrafo respectivo, Pardo Rebolledo incluso por la invalidez de la totalidad del párrafo respectivo, Piña Hernández incluso por la invalidez de la totalidad del párrafo respectivo, Ríos Farjat, Laynez Potisek, Pérez Dayán incluso por la invalidez de la totalidad del párrafo respectivo especialmente por el argumento competencial y Presidente Zaldívar Lelo de Larrea incluso por la invalidez de la porción normativa "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", respecto del considerando quinto, relativo al estudio, en su apartado II, denominado "Decreto impugnado", en su tema 3, parte primera, consistente en declarar la invalidez del artículo 380 Bis 3, párrafo cuarto, en su porción normativa "mediando conocimiento del 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. La señora Ministra Piña Hernández anunció voto concurrente.

Se aprobó por unanimidad de once 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 reserva en algunas consideraciones y por



FORMA A-55

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

razones adicionales, Laynez Potisek, Pérez Dayán por un argumento competencial y Presidente Zaldívar Lelo de Larrea en contra de algunas consideraciones, específicamente los párrafos doscientos treinta y ocho, doscientos cuarenta y dos y doscientos cuarenta y tres, respecto del considerando quinto, relativo al estudio, en su apartado II, denominado "Decreto impugnado", en su tema 2, consistente en 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. La señora Ministra y los señores Ministros González Alcántara Carrancá Esquivel Mossa y Presidente Zaldívar Lelo de Larrea anunciaron sendos votos concurrentes.

Se aprobó por unanimidad de once 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, Pérez Dayán y Presidente Zaldívar Lelo de Larrea, respecto del considerando quinto, relativo al estudio, en su apartado II, denominado "Decreto impugnado", en su tema 3, parte segunda, consistente en 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, adicionados mediante el Decreto 265, publicado en el periódico oficial de dicha entidad federativa el trece de enero de dos mil dieciséis.

Se aprobó por unanimidad de once votos de las señoras Ministras y de los señores Ministros Gutiérrez Ortiz Mena, González Alcántara Carrancá, Esquivel Mossa, Franco González Salas apartándose del argumento de la competencia, Aguilar Morales, Pardo Rebolledo, Piña Hernández, Ríos Farjat únicamente por el argumento de la libertad reproductiva, Laynez Potisek y únicamente por el argumento de la libertad reproductiva, Pérez Dayán

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

especialmente por el argumento competencial y Presidente Zaldívar Lelo de Larrea apartándose del argumento de la competencia, respecto de 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, adicionados mediante el Decreto 265, publicado en el periódico oficial de dicha entidad federativa el trece de enero de dos mil dieciséis.

**En relación con el punto resolutivo cuarto:**

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, Piña Hernández, Ríos Farjat, Laynez Potisek, Pérez Dayán por el argumento competencial y Presidente Zaldívar Lelo de Larrea, respecto del considerando sexto, relativo a la extensión de la declaratoria de invalidez, consistente en declarar la invalidez, por extensión, de los artículos 380 Bis, párrafo segundo, en su porción normativa “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. El señor Ministro Pardo Rebolledo votó en contra. La señora Ministra Piña Hernández anunció voto aclaratorio.

**En relación con el punto resolutivo quinto:**



FORMA A-09

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Se aprobó por unanimidad de once 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, Pérez Dayán y Presidente Zaldívar Lelo de Larrea, respecto del considerando séptimo, relativo a los efectos, consistente en: 1) determinar que las declaratorias de invalidez decretadas en este fallo surtan sus efectos a partir de la notificación de los puntos resolutive 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.

**En relación con el punto resolutive sexto:**

Se aprobó por unanimidad de once 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, Pérez Dayán y Presidente Zaldívar Lelo de Larrea.

**En relación con el punto resolutive séptimo:**

Se aprobó por mayoría de siete votos de las señoras Ministras y de los señores Ministros Gutiérrez Ortiz Mena, Esquivel Mossa, Franco González Salas, Piña Hernández, Ríos Farjat, Pérez Dayán y Presidente Zaldívar Lelo de Larrea, respecto del considerando octavo, consistente en exhortar a los demás Poderes de la Unión y de los Estados a que, en el ámbito de sus competencias, regulen de manera urgente y prioritaria la materia tratada en esta sentencia. Los señores Ministros González Alcántara Carrancá, Aguilar Morales, Pardo Rebolledo y Laynez Potisek votaron en contra.

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

**Votación que no se refleja en los puntos resolutivos:**

Se aprobó por mayoría de diez votos de las señoras Ministras y de los señores Ministros Gutiérrez Ortiz Mena, González Alcántara Carrancá en contra de las consideraciones, Esquivel Mossa en contra de algunas consideraciones y por la inconstitucionalidad de la fracción I del precepto cuestionado, Franco González Salas, Aguilar Morales, Pardo Rebolledo con precisiones, Piña Hernández, Ríos Farjat, Laynez Potisek y Presidente Zaldívar Lelo de Larrea, respecto del considerando quinto, relativo al estudio, en su apartado II, denominado "Decreto impugnado", en su tema 4, consistente en declarar infundada la omisión legislativa relativa al artículo 380 Bis 5 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 González Alcántara Carrancá anunció voto concurrente. La señora Ministra Ríos Farjat y el señor Ministro Presidente Zaldívar Lelo de Larrea reservaron su derecho de formular sendos votos concurrentes.

El señor Ministro Presidente Zaldívar Lelo de Larrea anunció un voto concurrente y particular genérico.

El señor Ministro Presidente Zaldívar Lelo de Larrea declaró que el asunto se resolvió en los términos precisados, dejando a salvo el derecho de las señoras Ministras y de los señores Ministros de formular los votos que consideren pertinentes.

Firman el señor Ministro Presidente y la señora Ministra Ponente con el Secretario General de Acuerdos quien da fe.



FORMA A-55

61

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

PRESIDENTE

MINISTRO ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA

PONENTE

MINISTRA NORMA LUCÍA PIÑA HERNÁNDEZ

SECRETARIO GENERAL DE ACUERDOS

LICENCIADO RAFAEL COELLO CETINA

SENTENCIA

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

Esta foja corresponde a la acción de inconstitucionalidad 16/2016 resuelta el siete de junio de dos mil veintiuno, en el sentido siguiente: **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. **Conste.**













SUPREMA  
JUSTITIA D  
SECRETARIA GEL



**VOTO CONCURRENTENTE QUE FORMULA LA MINISTRA YASMÍN ESQUIVEL MOSSA EN LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD**

**16/2016**

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

En la sesión celebrada el siete de junio de dos mil veintiuno, el Tribunal Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la acción de inconstitucionalidad 16/2016, donde fueron analizadas diversas disposiciones del Código Civil para el Estado de Tabasco que fueron adicionadas mediante el Decreto 265, publicado en el periódico oficial de esa entidad federativa el trece de enero de dos mil dieciséis en materia de gestación asistida y subrogada.

Durante la discusión, manifesté tener razones adicionales en un apartado del estudio de fondo, por lo que a continuación, expondré las razones que sustentan mi voto:

**1. Con relación al artículo 380 Bis 3 del Código Civil para el Estado de Tabasco, por voto mayoritario se determinó declarar la invalidez del quinto párrafo, cuyo texto es el que se transcribe:**

**Artículo 380 Bis 3.- Condición de la Gestante**

**"(...)**

**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.**

**(...)"**

En síntesis, se estimó que la inconstitucionalidad del precepto en cita deriva de que establece una regla que coloca a las mujeres gestantes y a sus cónyuges en una especie de prelación respecto de otras personas que pudieran asumir la custodia del hijo nacido bajo esta técnica de reproducción —abuelos, tíos y otros parientes— que imposibilita al juzgador a determinar, atendiendo a las circunstancias del caso y a las particularidades de la niña o el niño, qué es lo mejor para garantizar su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de su derecho a la filiación.

VOTO CONCURRENTENTE EN RELACIÓN CON LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

Si bien coincido con la declaración de invalidez de la norma en cuestión, considero que existen razones adicionales a las expresadas en la sentencia que apoyan la conclusión a la que arribó este Tribunal Pleno.

Como puede advertirse, el párrafo invalidado establecía una regla que permitía a la gestante sustituta o a su cónyuge demandar y obtener la custodia del producto de la inseminación, ante la incapacidad o muerte de la madre o padre contratantes.

Tal como se indicó en la sentencia, la norma en cuestión indebidamente fijaba de forma abstracta un supuesto que otorgaba una especie de "preferencia" a la gestante o a su cónyuge para obtener la custodia del menor, ante la eventualidad de que la madre o padre contratantes fallecieran o se acreditara su incapacidad.

Dicha disposición resulta contraria al principio de "*interés superior de la niñez*", garantizado en el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como en el diverso 4, párrafo noveno, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que el "*interés superior de la niñez*" es un concepto triple, al ser: I) un derecho sustantivo; II) un principio jurídico interpretativo fundamental; y III) una norma de procedimiento. De esta forma, el derecho del interés superior del menor obliga a que éste se observe en todas las decisiones y medidas relacionadas con el niño, lo que significa que, en cualquier medida que tenga que ver con uno o varios niños, su interés superior deberá ser una consideración primordial a que se atenderá, lo cual incluye no sólo las decisiones, sino también todos los actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos y demás iniciativas.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Al respecto puede consultarse la jurisprudencia de rubro "**DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR SE ERIGE COMO LA CONSIDERACIÓN PRIMORDIAL QUE DEBE DE ATENDERSE EN CUALQUIER DECISIÓN QUE LES AFECTE.**" Tesis: 2a./J. 113/2019 (10a.), publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 69, Agosto de 2019, Tomo III, página 2328, registro digital 2020401.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

VOTO CONCURRENTENTE EN RELACIÓN CON LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

Tomando en cuenta lo anterior, advierto que el párrafo quinto del artículo 380 Bis 3 del Código Civil para el Estado de Tabasco, al establecer una preferencia en favor de la gestante o a su cónyuge para obtener la custodia del menor ante la incapacidad o fallecimiento de la madre o el padre contratante, excluye de manera previa a los demás familiares de los contratantes que potencialmente también podrían hacerse cargo del cuidado del menor y pretender la misma custodia.

Consecuentemente, como no corresponde al legislador determinar *a priori* y en una norma inflexible a quién corresponde la custodia de las niñas y niños, la norma resulta inconstitucional al no tomar en cuenta el interés superior de la niñez, el cual obliga a que, en este tipo de asuntos, la decisión que se adopte valore, en los términos de las normas del derecho familiar, qué es lo que le resulta más favorable para el desarrollo del infante, de tal modo que no sea el solo hecho de la gestación, o bien, el simple nexo familiar que tengan otras personas con los fallecidos o incapacitados lo que determine a quién corresponde su cuidado, pues, cuando esta cuestión se vuelve litigiosa, la resolución que se pronuncia deberá privilegiar lo que mejor convenga a los intereses del recién nacido, lo cual habrá de resolverse atendiendo a las circunstancias particulares en cada caso.

Además, el precepto en cuestión posibilitaba que, ante el acreditamiento de la incapacidad o la muerte de cualquiera de los contratantes, la gestante o su cónyuge pudieran obtener de manera preferente la custodia del menor, es decir, a pesar de que alguno de sus padres por voluntad procreacional estuviera en aptitud de hacerse cargo de la niña o niño, situación que pasaba por alto lo ordenado en el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño donde se dispone la obligación de los Estados de velar 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.

**VOTO CONCURRENTENTE EN RELACIÓN CON LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016**

Considero importante insistir en que, por virtud del derecho de interés superior de la niñez, el legislador no puede establecer reglas que, de manera previa y abstracta, den prioridad a ciertas personas vinculadas con una niña o niño sobre su custodia, pues tal decisión solo incumbe al juzgador quien atendiendo a las circunstancias del caso concreto, y las pruebas que, incluso de oficio haya recabado en el proceso, deberá determinar a quien asignará dicha custodia teniendo en cuenta que su decisión deberá atender a lo que sea mejor para el desarrollo integral de los infantes.

**MINISTRA YASMÍN ESQUIVEL MOSSA**















EXPREMA  
JUSTICIA DE  
SECRETARIA GEJE



**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA MINISTRA YASMÍN ESQUIVEL MOSSA EN LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD**

**16/2016.**

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

En la sesión celebrada el siete de junio de dos mil veintiuno, el Tribunal Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la acción de inconstitucionalidad 16/2016, donde fueron analizadas diversas disposiciones del Código Civil para el Estado de Tabasco que fueron adicionadas mediante el Decreto 265, publicado en el periódico oficial de esa entidad federativa el trece de enero de dos mil dieciséis en materia de gestación asistida y subrogada.

Con relación a ese ordenamiento se reconoció la validez del artículo 380 Bis, párrafos segundo (con excepción de las porciones normativas “a los cónyuges o concubinos”, “cónyuges o concubinos” y “de los cónyuges o concubinos”) y tercero (salvo la porción normativa “por algún cónyuge o por algún concubino”).

Del mismo modo se declaró 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”.

Finalmente, se declaró 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”.

VOTO PARTICULAR EN RELACIÓN CON LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

Durante la discusión, manifesté estar en desacuerdo con las consideraciones de un apartado del estudio de fondo, por lo que a continuación, expondré las razones que sustentan mi voto:

**1. Con relación al artículo 380 Bis del Código Civil para el Estado de Tabasco, por voto mayoritario se determinó declarar la invalidez de su párrafo primero, cuyo texto es el siguiente:**

***“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. (...)***

Al respecto se consideró que la norma en cuestión no se circunscribía a definir lo que debía entenderse por reproducción humana asistida para establecer las consecuencias civiles derivadas de ésta, pues indebidamente reguló las condiciones sustantivas de la gestación sustituta al hacer referencia a aspectos relativos al desarrollo embrionario, así como la condición médica de quienes podrían tener acceso a esa técnica de reproducción, cuestiones que corresponden regular a la Federación por tratarse de aspectos relacionados con la salubridad general.

De esta forma se dijo que cuando el Congreso local se refirió a la reproducción de cigotos y embriones, legisló sobre los distintos estadios de la reproducción humana al regular cuestiones relativas al proceso del desarrollo embrionario. Además, al mencionar a las parejas “fértiles o



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

VOTO PARTICULAR EN RELACIÓN CON LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

FORMA A-93

*estériles*" lo que hizo fue determinar que sólo las parejas con ese padecimiento podrían acceder a esta forma de reproducción, con lo cual se invadió la competencia de la Federación para regular la materia de salubridad general y planificación familiar. Por estas razones se declaró la invalidez del precepto en cuestión.

Respetuosamente discrepo del criterio mayoritario, pues con excepción de la porción normativa "*de la pareja infértil o estéril*", considero que debió reconocerse la validez del párrafo primero del artículo 380 Bis del Código Civil para el Estado de Tabasco.

Ciertamente, de acuerdo con el artículo 3, fracciones V y XXVI, en relación con el diverso 13, apartado A, fracción I, de Ley General de Salud, corresponde al Ejecutivo Federal a través de la Secretaría de Salud, emitir las normas oficiales mexicanas y la regulación técnica que garantice la uniformidad de los principios, criterios, políticas y estrategias aplicables en todo el país para la prestación de los servicios de salud en materia de salubridad general, lo que abarca la planificación familiar y el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes y células.

Sin embargo, el párrafo primero del artículo 380 Bis del Código Civil local solamente menciona lo que debe entenderse por "*reproducción humana asistida*" para efectos meramente contractuales, indicando que con tal concepto se hace referencia al conjunto de prácticas clínicas y biológicas para la creación de un nuevo ser humano logrado mediante técnicas científicas acreditadas y autorizadas en términos de la legislación en materia de salud, realizadas con la intervención del personal de salud, en este caso, consistentes en 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.

Como puede advertirse, el precepto que fue declarado inválido no establecía principios, políticas o estrategias, y menos aún criterios

VOTO PARTICULAR EN RELACIÓN CON LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

técnicos para la realización de los métodos relacionados con la reproducción humana asistida, pues solo se limitó a señalar el significado de dicho concepto con la finalidad de esclarecer sus alcances con relación a los aspectos contractuales de la gestación asistida y subrogada.

Al respecto es menester considerar que, desde el tres de abril de mil novecientos noventa y siete, en diversos preceptos del Código Civil de Tabasco ya se hacía referencia a "*métodos de reproducción humana artificial*" con el objeto de regular aspectos relacionados con la filiación y el derecho de las personas a planificar el número y espaciamiento de sus hijos.

En este caso, no advierto que el propósito de la norma declarada inválida, haya sido la de regular los procedimientos, técnicas o la estrategia de salud relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida, pues en coherencia con la línea legislativa trazada por el Congreso local desde mil novecientos noventa y siete cuando incorporó en el texto del Código Civil de Tabasco el término de "*métodos de reproducción humana artificial*", la definición de "*reproducción humana asistida*" que incluyó en el artículo 380 Bis de ese ordenamiento solo tenía el propósito de esclarecer un término para hacer comprensible los aspectos civiles y familiares de las modalidades de la gestación por contrato.

Tal como se reconoce en el párrafo 182 de la sentencia, de acuerdo con el artículo 124 de la Constitución Federal, las entidades federativas tienen competencia para regular las consecuencias civiles y familiares que se derivan del uso de las técnicas de reproducción asistida. En este caso, no observo que la mera inclusión de la definición de "*reproducción humana asistida*" exceda ese ámbito competencial, sobre todo cuando el precepto declarado inválido solo incorporó la definición de dicho término 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.





FORMA A-5

**VOTO PARTICULAR EN RELACIÓN CON LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016**

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

En todo caso, considero que solo debió declararse la invalidez de la porción normativa *"de la pareja infértil o estéril"* del primer párrafo del artículo 380 Bis del Código Civil para el Estado de Tabasco, pues en esa parte coincido con la sentencia que indebidamente el legislador local estableció la condición médica de aquellos que pueden acceder a la gestación subrogada o asistida, lo cual invade la competencia de la Federación en materia de planificación familiar, específicamente, para determinar el perfil de salud de aquellas personas que deciden hacer uso de esta técnica de reproducción asistida.

**MINISTRA YASMÍN ESQUIVEL MOSSA**

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN



10712 DE  
A. FICION  
DE ALIADOS









PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

**VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTENTE QUE FORMULA EL MINISTRO  
JUAN LUIS GONZÁLEZ ALCÁNTARA CARRANCÁ EN LA ACCIÓN DE  
INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016.**

1. En sesión de siete de junio de dos mil veintiuno, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la acción de inconstitucionalidad citada al rubro, promovida por la entonces Procuraduría General de la República, en contra de diversos artículos del Código Civil para el Estado de Tabasco, relativos a la regulación del contrato de gestación subrogada; adicionados mediante Decreto 265, publicado en el periódico oficial de esa entidad federativa el trece de enero de dos mil dieciséis.
2. En aras de hacer una exposición clara y puntual de mis disensos y concurrencias, expondré de manera conjunta en cada uno de los apartados, la postura mayoritaria y la propia.
3. **Disenso en la precisión de las normas impugnadas.** En la sentencia, se tuvieron por impugnados los artículos expresamente combatidos por la Procuraduría General de la República.<sup>1</sup> De este modo, se procedió a su análisis puntual.
4. Considero que en este asunto hubiera sido relevante analizar el Capítulo VI Bis "De la gestación asistida y subrogada" del Código Civil de Tabasco **en su integridad**, adicionado en el decreto impugnado, por tratarse de un mismo sistema normativo.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Así, se tuvieron por impugnados los artículos 380 Bis y 380 Bis 3, párrafos cuarto, quinto y sexto, del Código Civil para el Estado de Tabasco, adicionados mediante Decreto 265.

<sup>2</sup> Este tratamiento no es ajeno a la práctica del Tribunal Pleno que, al momento de precisar la *litis* o las normas generales impugnadas, puede identificar la existencia de un sistema normativo. Por ejemplo, así se hizo al resolverse la acción de inconstitucionalidad 20/2017, resuelta el 13 de julio de 2020 y en la que se afirmó: "49. En consecuencia, los artículos señalados en el párrafo anterior serán analizados no en forma destacada, atendiendo a que su impugnación no deriva de

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016  
VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTE

5. De hecho, en su impugnación, la propia Procuraduría accionante reconoció la existencia de un único sistema que normaba la *maternidad subrogada* y le atribuyó, entre otros vicios, una omisión relativa por haberse regulado de manera deficiente el contrato de gestación. Además, hizo valer conceptos de invalidez que, desde mi perspectiva, se refieren a aspectos transversales a todos los artículos del capítulo. A manera de ejemplo, planteó que, al emitir el decreto, el legislador local invadió la competencia del Congreso de la Unión en materia de salubridad general.
6. Finalmente, considero que la determinación de si la regulación de la gestación subrogada estableció salvaguardas suficientes para garantizar el interés superior del menor y los derechos de las mujeres, tema central en la presente acción de inconstitucionalidad, requería de un análisis del capítulo en su integridad.
7. Por estas razones, estimo que hubiera sido preferible tener por impugnado el capítulo entero, partiendo de una lectura integral de la demanda.
8. **Disenso en el Apartado I. Marco contextual sobre la gestación por sustitución.** Entre los párrafos 55 y 128 de la sentencia, se desarrolló un marco para contextualizar las técnicas de reproducción asistida y en particular, la gestación por sustitución. En él, se les caracterizó como una realidad imperante que involucra una diversidad de derechos y que debe analizarse desde complejas aristas. Compartí muchas de las consideraciones ahí contenidas y reconocí el trabajo exhaustivo realizado para enmarcar desde el ámbito social, el científico y el comparado la problemática constitucional planteada. Sin embargo, me separé de este apartado en su totalidad.

---

*vicios de inconstitucionalidad en su contenido, sino que su estudio se efectuará partiendo de que tales preceptos conforman el sistema de reelección y ratificación de funcionarios del Poder Judicial local que regía con anterioridad a la emisión del decreto impugnado, y cuya derogación de dicho sistema es precisamente lo que se combate.”* En circunstancias diversas, en la acción de inconstitucionalidad 22/2016, resuelta el 26 de marzo de 2019, se analizó sistemáticamente la reforma al Código Civil local, cuyo objeto fue eliminar la figura de las dispensas para que menores pudieran contraer matrimonio.



ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016  
VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTE

FORMA A-53

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

En este apartado, el Pleno emprende un *ejercicio comparativo a partir de una visión integradora* de las normas nacionales, emprendiendo así un

*diálogo con legislaciones y criterios internacionales relacionados con la materia.* Sin embargo, párrafos más adelante parece revelarse el hecho de que este análisis no constituye, ni pretendió constituir, un parámetro de regularidad constitucional para el análisis de los conceptos de invalidez. En consecuencia, al carecer de una finalidad operativa clara dentro de la resolución, considero innecesaria esta inclusión y, lo que resulta de mayor gravedad, me parece que podría tener un efecto equívoco respecto de operadores jurídicos posteriores, generando sesgos interpretativos o induciéndolos al error con respecto del carácter vinculante de algunas de sus consideraciones, situación que cobra especial relevancia dentro de nuestro actual sistema de precedentes.

10. Desde luego, con este disenso no pretendo desconocer los considerables méritos del estudio comparativo contenido en este apartado. Sin embargo, existen tres factores que, a mi juicio, menoscaban considerablemente su idoneidad en el presente caso.

11. En primer lugar, debe recordarse que la abstracción propia de las acciones de inconstitucionalidad genera problemáticas y complicaciones particulares que no se encuentran presentes en otra clase de procedimientos jurisdiccionales en donde se analiza un caso concreto, compuesto de hechos discretos y perfectamente delimitados. En este sentido, debe recordarse que las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, citadas en la sentencia del Pleno, derivan de procesos contenciosos delimitados a casos concretos, a diferencia de lo que acontece en la presente acción de inconstitucionalidad.

12. Este elemento resulta por sí mismo relevante, pues si bien las resoluciones de los tribunales internacionales –aún las emitidas dentro del contexto de un caso concreto– son una fuente útil de reglas generales de interpretación, este procedimiento hermenéutico es siempre casuístico, y requiere, tanto en su emisión como en su aplicación posterior, de una ponderación cuidadosa de las particularidades del caso.

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016  
VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTES

13. En esta inteligencia, considero que el estudio comparativo referido en esta sección, si bien cuenta con un rigor metodológico admirable, deviene innecesario dentro del contexto del análisis abstracto propio de las acciones de inconstitucionalidad.
14. Un segundo factor de gran importancia consiste en las diferencias estructurales existentes entre el sistema europeo de derechos humanos en que se basa el análisis comparativo en cuestión, y el sistema interamericano del que es parte el Estado Mexicano. Como se expondrá a continuación, existen distinciones importantes entre ambos modelos que exigen especial cautela al momento de pretender realizar un trasplante (total o parcial) de sus criterios.
15. Una de las distinciones más trascendentes entre ambos sistemas es el concepto de margen de apreciación nacional que confiere cada uno, pues mientras que el modelo europeo opta por un margen relativamente amplio, éste es considerablemente más restrictivo en el modelo interamericano. Esta no es una distinción meramente cuantitativa, pues la diferencia considerable en su graduación tiene efectos netamente cualitativos en su aplicación. Así, por ejemplo, la diversidad considerable entre los regímenes estatales europeos (destacada en los precedentes citados y referida en la resolución del Pleno), si bien resulta perfectamente compatible con el modelo de protección europeo, presenta divergencias de tal magnitud que posiblemente pudieran ser consideradas incompatibles con la interpretación imperante en el modelo interamericano. En este respecto, me parece que, si el ejercicio comparativo se encaminara a la delimitación de un parámetro de regularidad aplicable dentro del sistema mexicano, resultaría más adecuado dejar a un lado estas resoluciones y derivar reglas o interpretaciones dialogando directa y exclusivamente con los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
16. El último punto que me conduce a cuestionar la idoneidad y utilidad del análisis comparativo efectuado radica en las particularidades intrínsecas del sistema de división de competencias vigente en nuestra Constitución. Nuestro sistema federal, si bien guarda similitudes importantes con los de





ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016  
VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTE

PODER JUDICIAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Los estados federales alrededor del mundo, también cuenta con elementos únicos, producto de décadas de evolución constitucional. Estas peculiaridades de nuestro sistema, particularmente perceptibles en áreas como la salubridad general –que constituye un elemento importante dentro de la presente acción de inconstitucionalidad–, constituyen factores determinantes en ejercicios de control de constitucionalidad como el presente. En este sentido, la diferencia entre nuestro sistema de distribución de competencias y otros estados federales es tan amplia que nos obliga en todo caso a ponderar y matizar muy cuidadosamente las normas y principios que se pretenden trasplantar, lo cual, naturalmente, contribuye a restarle utilidad al ejercicio comparativo.<sup>3</sup>

17. **Concurrencia en el estudio del segundo concepto de invalidez. Posibilidad de la madre sustituta y su cónyuge/concubino de demandar maternidad o paternidad.**<sup>4</sup> Después de una enriquecedora discusión en el Tribunal Pleno, la sentencia plasmó que era inconstitucional 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.

Para llegar a esa conclusión, se consideró que, cuando se hace uso de la técnica de reproducción asistida denominada gestación por sustitución, por regla general, ni la mujer gestante, ni el cónyuge o concubino de ésta,

<sup>3</sup> Véase en este sentido, el desarrollo de Teubner sobre este punto, quien ha denominado *legal irritants* a toda *circulación de modelos legales* o bien *trasferencia* de instituciones específicas, cristalizando con ello la tensión que pueden generar en el ente receptor. Desde su punto de vista, las instituciones jurídicas no pueden ser trasferidas mecánicamente de un sistema a otro y cumplir en el receptor idénticas funciones que las desarrolladas en el donante (Teubner, 1998: "Legal Irritants: Good faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences", 61, Mod. L. Rev. 12.)

<sup>4</sup> Se analizó el artículo 380 Bis 3, párrafo quinto, del Código Civil para el Estado de Tabasco, por violación a los principios del interés superior del menor, legalidad y seguridad jurídica, en la porción normativa que dice: *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.*

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016  
VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTE

tienen legitimación para denunciar la maternidad o paternidad e incluso la custodia del niño o niña producto de la inseminación. Por eso, cuando la norma establece una regla que coloca a las mujeres gestantes y a sus cónyuges en una especie de prelación respecto de otras personas que pudieran asumir la custodia del hijo nacido bajo esta técnica de reproducción, se imposibilita al juzgador a determinar, atendiendo a las circunstancias del caso y a las particularidades de la niña o el niño, qué es lo mejor para garantizar su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de su derecho a la filiación.

19. En esta parte del proyecto, coincidí no sólo con el sentido, sino también con que el estudio se hiciera, primordialmente, desde la perspectiva del interés superior de menor, haciendo énfasis en su derecho a la identidad y el mantenimiento de sus relaciones familiares.
20. Sin embargo, disentí del argumento central desarrollado. En la sentencia se afirma que ni la madre gestante, ni su cónyuge, cuentan en ningún supuesto con legitimación para demandar la maternidad o paternidad del menor nacido a través de la gestación subrogada, pues en este procedimiento el factor central para la constitución del vínculo filial es: la voluntad procreacional.<sup>5</sup>
21. Considero que no puede excluirse la posibilidad de que la madre gestante desarrolle una voluntad procreacional, entendida como la voluntad de ser madre y asumir las responsabilidades correspondientes. Recordemos que la existencia de la voluntad procreacional es una cuestión de hecho y que no puede excluirse *a priori* que personas distintas a los contratantes tengan

<sup>5</sup> En la sentencia se afirma: "236. En la gestación subrogada, la voluntad procreacional es la intención de querer engendrar un hijo con material genético propio o de un tercero, acudiendo a la implantación del embrión en el vientre de una tercera persona para su gestación y alumbramiento o a través de fecundación *in vitro*. Esta tercera persona carece de esta voluntad procreacional, por lo que, aun cuando por aplicación del derecho civil tradicional correspondería la atribución de la maternidad a la gestante, faltaría el elemento central que atribuye o determina la filiación en estos procedimientos: la voluntad procreacional, esto es, la intención de adquirir derechos y obligaciones y, a la par, el efecto que se derive o se construye con el despliegue de tales responsabilidades."



**ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016  
VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTENTE**

FORMA A-53

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Creo que la madre gestante puede, durante la gestación o con posterioridad, adquirir la voluntad de ser madre y asumir las responsabilidades correspondientes. En efecto, dado el vínculo genético o afectivo que la madre gestante puede tener con el menor, la regla general tendría que ser, desde mi perspectiva, que se le reconociera amplia legitimación para demandar la maternidad y derechos relacionados como la guarda y custodia.

22. Me parece relevante aclarar que, el que se le reconozca legitimación implica que pueda presentar la demanda y acceder al procedimiento correspondiente, pero de ninguna manera conlleva una obligación del juez de conceder sus pretensiones. Esta última decisión la debe tomar el juez a la luz del interés superior del menor y tomando en cuenta todos los factores relevantes del caso.

23. Dado que la legitimación de la madre gestante no le garantiza un resultado específico en el juicio, tampoco me parece que la norma impugnada la ponga en una situación de prelación o preferencia sobre otros familiares respecto al ejercicio de la guarda y custodia del menor.

CORTE 24

Por lo general, los conflictos en relación con la paternidad y maternidad –y otros relacionados como la guarda y custodia, por ejemplo– se presentan precisamente por el hecho de que varias personas pretenden asumir el estatus de padre o madre del menor, con los derechos, prerrogativas y obligaciones que ello implica. Este conflicto se presenta con mayor intensidad en los casos derivados de técnicas de reproducción asistida, en donde los adelantos de la ciencia han rebasado en muchas ocasiones los modelos tradicionales concebidos bajo la presunción de un proceso reproductivo natural, pues bajo estos nuevos esquemas pueden concurrir, alegando un interés paterno-filial, tres o más personas que hayan participado en el proceso reproductivo.

25. La gran diversidad de circunstancias que pueden presentarse en esta clase de controversias requeriría, en mi opinión, del reconocimiento de la multiparentalidad como una posibilidad viable dentro de nuestro sistema

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016  
VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTES

jurídico,<sup>6</sup> pues el esquema tradicional en donde sólo se reconoce a una o dos personas como padres, necesariamente conducirá, en estos casos, a la exclusión de una o más personas, en muchas ocasiones en contra del interés superior del niño.

26. En suma, desde mi perspectiva, la inconstitucionalidad de la porción normativa impugnada se debe a que la legitimación de la madre gestante para demandar derechos asociados a la maternidad no puede hacerse depender de la muerte y/o incapacidad de alguno de las madres o padres contratantes, y estos supuestos tampoco evidencian por sí solos que el menor esté en una situación de riesgo que evidencie la necesidad de modificar el régimen de guarda y custodia del menor.
27. **Cuarto concepto de invalidez. Omisión de regular si el contrato puede ser oneroso.** En la sentencia, se llegó a la conclusión de que, la determinación de establecer sistemas comerciales o altruistas forma parte de la libertad configurativa de las legislaturas locales. Además, se consideró que, ante la falta de regulación sobre el carácter altruista o comercial del contrato de gestación subrogada, rige el principio de autonomía de la voluntad, con base en el cuál sino está prohibida la remuneración, como en el caso, entonces se entiende permitida y, en consecuencia, el derecho de cobrar o no por el procedimiento de gestación le corresponde a la mujer gestante.
28. No compartí esta interpretación de la norma, ya que a la luz del interés superior del menor y de la prohibición de su venta, estimo que tendría que hacerse una interpretación sistemática y por analogía con el artículo 327 de

<sup>6</sup> A medida de ejemplo en la contradicción de tesis 430/2013 resuelta por de la Primera Sala en su sesión del veintiocho de mayo de dos mil catorce, se consideró que entre los principios rectores en materia de filiación se encuentra la proscripción a las "filiaciones contrapuestas", que es la que ha servido para construir la idea de parentalidad de forma binomial y pétrea, excluyendo la posibilidad de comprender a la filiación en donde dos o más personas puedan ser parte de la responsabilidad parental de una niña o niño.





ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016  
VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTE

FORMA A-53

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

LEY General de Salud que prohíbe el comercio de órganos, tejidos y células, y establece que su transmisión debe ser sin ánimo de lucro.<sup>7</sup>

29. Bajo esta interpretación del Capítulo bajo análisis, el contrato de gestación subrogada no podría tener ánimo de lucro, aunque sí podría prever reembolsos razonables y detallados de los gastos y costos relacionados con la gestación, lo que lo haría compatible con los derechos de los menores de edad.
30. Me parece que esta es la interpretación que en mayor medida salvaguarda los derechos de los menores. Como expresé en la sesión pública, estimo que **la regulación de los aspectos económicos del contrato de gestación subrogada se encuentra íntimamente relacionada con la prevención de la venta de menores**, prohibida por el artículo 35 de la Convención de los Derechos del Niño,<sup>8</sup> y el artículo 1° del Protocolo Facultativo de esta Convención relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía.<sup>9</sup> Esta prohibición se encuentra estrechamente vinculada con la protección del interés superior del menor, pues es instrumental para evitar la trata de menores, la venta de sus órganos, y su explotación sexual y laboral.
31. El artículo 2, inciso a), de este Protocolo Facultativo establece que por venta de niños se entiende "todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de

<sup>7</sup> **Artículo 327.** Está prohibido el comercio de órganos, tejidos y células. La donación de éstos se regirá por principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad, por lo que su obtención y utilización serán estrictamente a título gratuito. No se considerarán actos de comercio la recuperación de los costos derivados de la obtención o extracción, análisis, conservación, preparación, distribución, transportación y suministro de órganos, tejidos y células, incluyendo la sangre y sus componentes.

<sup>8</sup> **Artículo 35.** Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.

<sup>9</sup> **Artículo 1.** Los Estados Partes prohibirán la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil, de conformidad con lo dispuesto en el presente Protocolo.

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016  
VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTES

remuneración o cualquier otra retribución".<sup>10</sup> Conforme a esta definición, un contrato de gestación subrogada conlleva la venta de menores cuando la entrega del niño o la renuncia a la patria potestad está condicionada a la obtención de un lucro. Ésta fue la posición de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, en su informe de 15 de enero de 2018 sobre la gestación subrogada.

---

**MINISTRO JUAN LUIS GONZÁLEZ ALCÁNTARA CARRANCÁ**

---

**LIC. RAFAEL COELLO CETINA**  
**SECRETARIO GENERAL DE ACUERDOS**

DCB/FSP



SECRETARÍA  
SECRETARÍA D

---

<sup>10</sup> **Artículo 2.** A los efectos del presente Protocolo:

a) Por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o cualquier otra retribución.















PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPLEMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

**VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTENTE QUE FORMULA EL SEÑOR  
MINISTRO ALBERTO PÉREZ DAYÁN EN LA ACCIÓN DE  
INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016, FALLADA POR EL TRIBUNAL  
PLENO EN SESIÓN DE SIETE DE JUNIO DE DOS MIL VEINTIUNO.**

Me permito elaborar el presente voto particular y concurrente en el que expondré de forma breve y concisa las razones de mi posicionamiento, haciendo alusión a cada apartado para señalar lo resuelto y los aspectos en los que coincido y difiero, respectivamente, así como los razonamientos que me hicieron arribar a tal conclusión.

El Pleno de este Alto Tribunal resolvió por mayoría de nueve votos que el Congreso del Estado de Tabasco excedió sus facultades al legislar sobre el concepto de reproducción humana asistida, al establecer condiciones técnicas de acceso y forma en que deberá realizarse la gestación por sustitución; pues ello corresponde de manera exclusiva al Congreso de la Unión, ya sea a través de la Ley General de Salud o bien de las disposiciones generales que al efecto se expidan, ya que no le está permitido al legislador ordinario regular aspectos de salubridad general, en tratándose de disposición de células germinales; por tanto, se invalidó el artículo 380 bis en su primer párrafo, del Código Civil para el Estado de Tabasco.

Sin embargo, reconoció la validez de los párrafos segundo y tercero del citado precepto, que señalan los tipos de fecundación y establecen el consentimiento para la fecundación *post mortem*, respectivamente; al considerar que el segundo nada más se limitó a definir lo que de manera general se entiende por fecundación homóloga y heteróloga en el contexto de la gestación subrogada; lo cual no incide en las facultades federales y en el último párrafo se determinó que tampoco había tal incidencia, ya que no se regularon cuestiones de salubridad general puesto que sólo se remite al Código Civil local para expresar tal consentimiento; no obstante lo anterior, se determinó, por mayoría de diez votos la invalidez de la porción normativa "*cónyuge o concubino*" en tal párrafo, pues se concluyó que era violatorio del principio de igualdad y no discriminación al excluir a las mujeres.

VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTE FORMULADO  
EN LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016 [2]

Ahora bien, pese a que estoy de acuerdo con la invalidez planteada por incompetencia del Congreso local, considero que tal razón alcanza para invalidar el precepto en su totalidad, así como los diversos 380 Bis 1, 380 Bis 2 y 380 Bis 3 ya que tocan de forma directa o indirecta temas de control sanitario, particularmente sobre disposición de células reproductivas masculinas y femeninas, aspectos que deben ser legislados por el Congreso Federal, a través de disposiciones generales contenidas en la Ley de Salud o, en su caso, mediante las Normas Oficiales Mexicanas, como lo dispone el artículo 13, apartado A, fracción II, en relación con el diverso 17 bis de la Ley General de Salud.

Por otra parte, este Alto Tribunal determinó por unanimidad de once votos, declarar la invalidez del artículo 380 Bis 3, párrafo quinto, del citado ordenamiento, por violación a los principios del interés superior del menor así como legalidad y seguridad jurídica, pues establecía la posibilidad de que la gestante sustituta o su cónyuge demanden la paternidad o maternidad o incluso, la custodia del producto de la inseminación, únicamente cuando se acredite la incapacidad o muerte de la madre o del padre contratantes; sobre ello, se determinó que en tal caso debía atenderse de forma primordial el interés superior del menor y luego la voluntad procreacional de los padres contratantes, como uno de varios medios válidos para determinar la filiación de los infantes.

Al respecto, desde mi óptica, me parece que con entera independencia de lo encomiable de los argumentos, ello debería formar parte del Código Civil Federal, en tanto tales derechos se derivan del manejo y desarrollo de células germinales, materia ésta que corresponde a la Secretaría de Salud, ya bajo el formato de Normas Oficiales Mexicanas o al Congreso de la Unión, en la Ley General de Salud; es decir, en mi concepto, prevalece la incompetencia del legislador local para regular la materia que nos ocupa por encima de las demás violaciones constitucionales que se desprendan y, en

SUPREMA C  
JUSTICIA DE  
SECRETARÍA GENERAL

VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTES FORMULADO  
EN LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016 [3]

FORMA A-53

por consecuencia, si bien comparto la invalidez del precepto impugnado, ello obedece a las razones que aquí he señalado.

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA FEDERACIÓN

En otro orden de ideas, el Máximo Tribunal Constitucional llegó a la conclusión que los párrafos cuarto y sexto del artículo 380 bis 3 del referido ordenamiento resultan inválidos, al prever el conocimiento del cónyuge o concubino como excepción para el cumplimiento de los requisitos físicos necesarios, tanto para que la mujer gestante pueda donar su óvulo, como para portar el producto fecundado; así como la firma del cónyuge o concubinario en el contrato de gestación por sustitución, al considerar que ello perpetuaba la idea de que la mujer no es dueña de su cuerpo porque la supedita a la voluntad del varón, lo que contraviene el libre desarrollo de su personalidad.

En relación al citado párrafo cuarto, se declaró inválida por unanimidad de once votos la porción normativa relativa al conocimiento del cónyuge o concubino por vulnerar los derechos reproductivos de la mujer; sin embargo, no se alcanzó la votación calificada para invalidar el párrafo completo a razón de la incompetencia del legislador local para regular la materia, ya que la primera parte versa sobre cuestiones médicas que, como ya se explicó, rebasan la materia del legislador ordinario; en tanto que el sexto párrafo se invalidó por igual votación, en la porción normativa que establece “y, si fuera el caso, de su cónyuge o concubino”, por la violación ya referida.

Sobre el particular estimo que, tal como lo he manifestado a lo largo del presente voto, la incompetencia es de estudio preferente y abarca la mayor parte de los preceptos combatidos; sin que le sea dable al legislador ordinario modificar la filiación establecida en el Código Civil Federal, ni aun a través de un sistema de tecnologías médicas y científicas que hoy permiten este tipo de maternidad, sin desconocer que el legislador ordinario cuenta con competencia para modificar sus respectivos códigos civiles; pues a fin de privilegiar la certeza jurídica considero que es necesario que las reglas que al respecto se emitan deben ser uniformes para toda la República; y por ende, es ámbito de atribución del Congreso de la Unión.

VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTE FORMULADO  
EN LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016 [4]

Ahora bien, por lo que ve a la impugnación del diverso numeral 380 bis 5 del multirreferido ordenamiento, respecto de la supuesta omisión legislativa, porque el Congreso del Estado de Tabasco emitió la norma deficiente al no establecer lo relacionado al ámbito económico de dicho contrato, este Tribunal Pleno declaró infundado el planteamiento y por tanto, válida la norma combatida, dado que legislador local cuenta con libertad configurativa para ello, lo cual fue aprobado por mayoría de diez de votos con mi voto en contra.

Con relación a dicho tópico, cabe señalar que más allá de mi posicionamiento sobre la incompetencia del legislador ordinario, considero que todas las disposiciones relativas al contrato de maternidad sustituta debieron ser invalidadas por contener una finalidad ilícita, pues soy del criterio de que el útero de la mujer escapa de la materia del comercio; además que ello da lugar a prácticas nocivas como la explotación de la mujer o venta de niños<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Véase el Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, de la Asamblea General de las Naciones Unidas:

"39. La gestación por sustitución de carácter comercial comprende asimismo un "reembolso" que va más allá de los gastos razonables y detallados directamente resultantes del contrato de maternidad subrogada<sup>85</sup>. De ello cabe inferir que los pagos correspondientes a "gastos" no razonables y no detallados constituyen un pago encubierto por servicios de gestación o por traslado del niño. [...]

40. Conforme al artículo 2 a) del 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, los contratos de maternidad subrogada constituyen venta de niños siempre que la madre de alquiler o un tercero reciban "remuneración o cualquier otra retribución" a cambio de trasladar al niño. La definición de venta de niños consta de tres elementos: a) "remuneración o cualquier otra retribución" (pago); b) el traslado del niño (traslado); y c) el intercambio de "a" por "b" (pago por el traslado). [...]

60. Algunos sostienen que la gestación por sustitución de carácter comercial equivale sin más a una venta de "servicios" de gestación y no a una venta de niños. Aunque la gestación por sustitución de carácter comercial incluye la venta de servicios de gestación en la medida en que la madre de alquiler conviene en someterse a inseminación artificial o a traslado de embriones para gestar y dar a luz al niño, en su modalidad habitual también consta del pago a cambio del traslado jurídico y físico del niño. Por lo general, las disposiciones relativas al traslado del niño conforman la esencia del acuerdo, hasta el punto de que en su ausencia los aspirantes a progenitor nunca lo concertarían ni pagarían a la madre de alquiler. De ahí que, aunque la gestación por sustitución de carácter comercial incluya la venta de servicios, también suele incluir la venta del niño.

61. Algunos procuran eludir la prohibición de la venta de niños incorporando en los acuerdos de gestación subrogada una disposición en la que se afirma en esencia que las partes convienen en que todos los pagos se refieren a los servicios prestados y en ningún caso al traslado o venta del niño. Sin embargo, la prohibición de la venta de niños no puede eludirse mediante contratos que cambian arbitrariamente la denominación de venta de niños por otra cosa cuando, en esencia, el contrato prevé la venta de niños. [...]



VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTENTE FORMULADO  
EN LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016 [5]

FORMA A-53

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Efectivamente, la maternidad no debe ser objeto de lucro, pues envilece su fin, lo cual no acontece, por ejemplo, en un voluntariado, en el que una mujer pudiera prestar su cuerpo para la misma finalidad, pero con un objeto altruista; es por ello que coincido con la sentencia en el sentido de declarar infundado el concepto de invalidez sobre la supuesta omisión legislativa; pero no comparto las consideraciones que ahí se establecen, ya que no veo factible regular la gestación por sustitución con fines comerciales.

En relación a las disposiciones que por extensión de efectos se propusieron invalidar por tratarse de temas de salubridad, específicamente las cuestiones médicas sobre la técnica de maternidad sustituta que nos ocupa; ello fue votado por siete de los Ministros en contra y, en consecuencia, quedaron subsistentes; sin embargo, sigo pensando que la materia de disposición de células germinales es de exclusiva competencia federal y las normas que así se señalaban versaban sobre tales aspectos.

Por lo que ve a la invalidez por extensión de efectos de la porción normativa que establece "*la madre y el padre*" en diversas disposiciones, por cuestión de discriminación hacia parejas del mismo sexo, o incluso mujeres u hombres solteros, se aprobó por mayoría de diez votos; y si bien normalmente no convengo con la extensión de efectos a menos que se circunscriba, estrictamente, a la literalidad de la norma; en el caso concreto estoy de acuerdo con dicha invalidez por extensión, pero por la razón de incompetencia que he venido expresando.

Por último, en lo relacionado con el efecto adicional de la presente resolución, sobre exhortar a los Poderes de la Unión para que, en el ámbito de sus competencias, regulen de manera urgente y prioritaria la materia de esta sentencia que fue aprobado por una mayoría de siete votos, en los que yo me cuento, por considerar que no es procedente mandarlo ya que no estamos ante un tema de omisión legislativa; sino de competencia originaria del poder legislativo federal; adicionalmente considero que, ante la relevancia del tema y de los derechos humanos

VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTES FORMULADO  
EN LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016 [6]

que en el mismo convergen, es preciso legislar sobre la materia, de ahí que lo correcto, desde mi punto de vista, sea el exhorto.

De todo lo expuesto, no obstante que celebro que este Alto Tribunal haya construido esta resolución como un nuevo modelo de interpretación que servirá de referente, considero que aún falta tramo por recorrer y, respecto de lo cual, a modo de corolario de este voto mixto, destaco cuatro puntos fundamentales:

Primero. La maternidad subrogada constituye una práctica que demanda una legislación inmediata e integral por los órganos de autoridad competentes.

Segundo. La competencia para legislar y regular en materia de maternidad subrogada es de carácter federal, en términos de lo establecido por los artículos 4 y 73, fracción XVI, de la Constitución General, y 3, fracción XXVI, 13, fracción I, y 17 Bis, fracción VIII, de la Ley General de Salud, ya que indiscutiblemente se relaciona con la disposición de órganos, tejidos y sus componentes, así como de células.

Tercero. Dada la enorme cantidad de derechos humanos que se relacionan con el tema, debe quedar enteramente regulado, sin que los mismos queden supeditados a pactos contractuales o arreglos comerciales de quienes intervienen; lo cual no se garantiza ni aun con la participación de un fedatario público; es por ello y toda vez que considero que la maternidad asistida queda sujeta a la voluntad de la madre gestante, que bien pudiera ser compensada económicamente<sup>2</sup>, de común acuerdo con los padres, pero siempre sujetos a un régimen legal predeterminado y ejecutado bajo la administración de unidades hospitalarias autorizadas y vigiladas por el Estado. En suma, el marco general debe ser de diseño legislativo federal, técnicamente regido por Normas Oficiales Mexicanas y su ejecución fundamentalmente obstétrica.

<sup>2</sup> De conformidad con el Diccionario de la Real Academia: "Dar algo o hacer un beneficio a alguien en resarcimiento del daño, perjuicio o disgusto que se ha causado"; que no es lo mismo que pago por prestación de servicios.





FORMA A-53

VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTES FORMULADO EN LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016 [7]

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

cuarto. Al tratarse de una asignatura del orden federal y para garantizar la observancia de los principios, criterios, políticas y estrategias aplicables en todo el territorio nacional, los temas subyacentes de filiación, parentesco, patria potestad, custodia, alimentos y demás relacionados han de ser regulados en el Código Civil Federal, velando por proteger y conciliar aquellos valores fundamentales que la sociedad somete al orden jurídico, como lo son el interés superior del menor, el libre desarrollo de la personalidad, los derechos reproductivos, la dignidad y protección de la mujer como madre, esposa o hija, la preservación de la unidad familiar y la seguridad jurídica de la colectividad, tomando en consideración que la vida y las personas no son, ni pueden ser, objeto de arreglos o negocios de terceros.

MINISTRO ALBERTO PÉREZ DAYÁN

SOS/JGMP

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN













PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

FORMA A-52

**VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTES QUE FORMULA EL  
MINISTRO PRESIDENTE ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA,  
EN LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016,  
PROMOVIDA POR LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA  
REPÚBLICA.**

En sesiones celebradas los días uno, tres y siete de junio de dos mil veintiuno el Tribunal Pleno discutió y resolvió la acción de inconstitucionalidad 16/2016 promovida por la entonces Procuraduría General de la República, en contra del Decreto 265, publicado en el Periódico Oficial del Estado de Tabasco el trece de enero de dos mil dieciséis, mediante el cual se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil local a fin de regular la gestación subrogada.

Formulo el presente voto particular y concurrente para desarrollar las razones por las cuales me separé del apartado en el que se desarrollaron los derechos involucrados, así como del parámetro competencial que establece la sentencia, lo que me llevó a votaciones diferenciadas en el análisis de la constitucionalidad de las disposiciones impugnadas.

VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTENTE EN LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

I. **Voto particular en relación con el contenido y alcance de los derechos involucrados.**

Voté en contra del **Apartado I** de la sentencia, que desarrolla un marco teórico de la gestación subrogada, porque estimo que el tema debió ser abordado desde una perspectiva integral, que no solo se centrara en los derechos reproductivos y sexuales, sino los derechos de todas las personas involucradas, especialmente, las más vulnerables: los niños y las niñas nacidas mediante el empleo de esta técnica de reproducción asistida, así como las mujeres y personas gestantes.

En este apartado la sentencia se pronuncia en torno a la gestación subrogada, como una técnica de reproducción asistida, desde el enfoque de los derechos sexuales y reproductivos.

Es innegable que el acceso a técnicas de reproducción asistida ha implicado un avance significativo en el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las personas infértiles, con impedimentos médicos importantes para llevar a término un embarazo y de las parejas homosexuales. Ello, al permitirles ejercer su derecho a fundar una familia, el cual es central al libre desarrollo de la personalidad.

Con todo, abordar la gestación subrogada únicamente desde los derechos reproductivos implica una visión que deja de lado y, por lo tanto, invisibiliza los otros derechos en juego, es decir, los de las niñas



J.PREM/  
JUSTICIA  
SECRETARÍA



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTES EN LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

y los niños nacidos a través de esta técnica, cuyo interés superior debe ser reconocido como el punto de partida de cualquier discusión, y los de las mujeres y personas gestantes, que han sido víctimas de prácticas violatorias de su salud, dignidad e incluso libertad personal.

En efecto, la gestación por sustitución en ocasiones conlleva prácticas abusivas que se encuentran bien documentadas<sup>1</sup> y que este Tribunal Pleno debió reconocer a la hora de fijar el parámetro de validez aplicable. Con esto en mente, a continuación, desarrollo el contenido y alcance de los derechos de los niños y niñas nacidas bajo esta técnica de reproducción asistida y los de las mujeres y personas gestantes.



ACUERDO DE ACUERDOS  
ACUERDO DE ACUERDOS  
ACUERDO DE ACUERDOS  
**ACUERDO DE ACUERDOS. Derechos de los niños y las niñas.**

En mi opinión, el punto de partida de cualquier decisión relativa a la gestación subrogada debe ser el interés superior de la niñez<sup>2</sup> y los demás principios rectores de la Convención sobre Derechos del Niño<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> AGONU, Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás materia que muestre abusos sexuales de niños, (quince de enero de dos mil dieciocho), A/HR/37/60, párrafo 29 consultable en <https://undocs.org/es/A/HRC/37/60>.

Grupo de Información en Reproducción Elegida, *Gestación Subrogada en México. Resultados de una mala regulación*, (2017), consultable en <https://gestacion-subrogada.gire.org.mx/#/>.

<sup>2</sup> AGONU, Informe de la Relatora Especial sobre la venta y explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, (quince de julio de dos mil diecinueve), A/74/162, párrafo 18, consultable en <https://undocs.org/es/A/74/162>.

<sup>3</sup> Los cuatro principios rectores son el principio de no discriminación, el principio de interés superior de la niña o el niño, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y

**VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTENTE EN LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016**

Conforme a este instrumento, todas las medidas que involucren a menores de edad deberán atender de manera primordial a este interés<sup>4</sup>. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado de manera reiterada que estos principios deben aplicarse de forma transversal en toda situación que les concierna<sup>5</sup>. De ahí que la certidumbre tampoco puede anteponerse a este principio<sup>6</sup>.

Este principio irradia todas las decisiones estatales en la materia, tales como aquellas concernientes a la filiación. En ese orden de ideas, en el

---

el desarrollo, así como el principio de respeto a la opinión del niño o de la niña en todo procedimiento que lo afecte, de modo que se garantice su participación.

Artículos 2, 3, 6 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>4</sup> **Convención sobre los Derechos del Niño.**

**Artículo 3.**

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

<sup>5</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-24/2017 de veinticuatro de noviembre de dos mil diecisiete, *Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, párrafo 151, consultable en [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala, sentencia de nueve de marzo de dos mil dieciocho, (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 152, consultable en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_351\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_351_esp.pdf).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua, sentencia de ocho de marzo de dos mil dieciocho, (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 152, consultable en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_350\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-21/14 de diecinueve de agosto de dos mil catorce, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párrafo 69, consultable en [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_21\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf).

<sup>6</sup> AGONU, Informe de la Relatora Especial sobre la venta y explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, (quince de julio de dos mil diecinueve), A/74/162, párrafo 67, consultable en <https://undocs.org/es/A/74/162>.



PREMA  
SECRETARIA GENERAL



FORMA A-53

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTENTE EN LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

amparo en revisión 553/2018 resuelto por la Primera Sala de esta Suprema Corte en sesión de veintiuno de noviembre de dos mil dieciocho<sup>7</sup>, se determinó que la filiación de un niño o niña nacida bajo la técnica de reproducción asistida debía determinarse a la luz de su interés superior, como **elemento central**. Asimismo, se consideró que debía tomarse en consideración la voluntad procreacional y la voluntad de la mujer gestante libre de vicios. Finalmente, se estimó que la ausencia de vínculo biológico entre una persona y un menor de edad no es suficiente para negar el establecimiento de la filiación legal entre ambos.

Por otra parte, se deben crear salvaguardas para prevenir la venta de niñas y niños<sup>8</sup>. Así lo dispone el Protocolo Facultativo de la Convención Sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución

<sup>7</sup> En este asunto se reconoció el derecho de las parejas homosexuales para acceder a los adelantos de la ciencia en materia de reproducción asistida y a convertirse en padres o madres a través de esos métodos, específicamente a través de la gestación por sustitución.

<sup>8</sup> Sobre este tema, la Corte Interamericana ha destacado que la venta de una niña o niño afecta claramente bienes jurídicos fundamentales como su libertad, integridad personal y dignidad, resultando uno de los ataques más graves en su contra. Por ello, los Estados tienen la obligación de adoptar todas las medidas idóneas para prevenir y actuar de manera eficaz ante las denuncias, con el fin de impedir esta práctica, sin excepciones o limitaciones (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Escobar y otros vs. Guatemala, sentencia de nueve de marzo de dos mil dieciocho, párrafo 316, (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 316, consultable en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_351\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_351_esp.pdf)).

Por su parte, la Relatora Especial ha exhortado a los Estados a incorporar en su legislación interna la prohibición de la venta de niños, como se define en el Protocolo que se cita en la siguiente nota al pie (AGONU, Informe de la Relatora Especial sobre la venta y explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, (quince de julio de dos mil diecinueve), A/74/162, párrafo 100, inciso b), consultable en <https://undocs.org/es/A/74/162>.)

**VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTENTE EN LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016**

infantil y la utilización de niños en la pornografía<sup>9</sup> que define como *todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución*<sup>10</sup>. Incluso el Comité sobre los Derechos del Niño ha recomendado a México *“Velar porque el Estado de Tabasco revise su legislación en materia de gestación por sustitución e introduzca garantías a fin de impedir que se use para la venta de niños”*<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> 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.

**Artículo 1.**

Los Estados Partes prohibirán la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil, de conformidad con lo dispuesto en el presente Protocolo.

**Artículo 2**

A los efectos del presente Protocolo:

a) Por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución;

<sup>10</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de México, (tres de julio de dos mil quince), CRC/C/MEX/CO/4-5, párrafo 70, inciso b), consultable en <https://undocs.org/en/CRC/C/MEX/CO/4-5>.

También, en sus observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados de los Estados Unidos, manifestó su preocupación porque la utilización comercial de la subrogación puede dar lugar a la venta de niños, por lo que recomendó al Estado parte dictar leyes sobre la venta de niños que pueda producirse en la maternidad subrogada (Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados de los Estados Unidos de América presentados en virtud del artículo 12, párrafo 1, del 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, (doce de julio de dos mil diecisiete) CRC/C/OPSC/USA/CO/3-4, párrafos 24 y 68, consultable en <https://www.undocs.org/es/crc/c/opsc/usa/co/3-4>).

De igual manera, en sus observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados de la India, manifestó su preocupación por el uso comercial no regulado de la maternidad subrogada, lo que lleva a la venta de niños y la violación de sus derechos. Por ello, recomendó al Estado parte garantizar que el proyecto de ley sobre tecnología de reproducción asistida o cualquier otra ley posterior que definiera, regulara o vigilara los acuerdos de subrogación y tipificara como delito la venta de niños con fines de adopción ilegal, incluido el uso indebido de la maternidad subrogada (Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados de



SECRETARÍA DE INTERIOR  
SECRETARÍA DE JUSTICIA  
SECRETARÍA DE ECONOMÍA



FORMA A-53

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTES EN LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

Considerando este escenario, la *Relatora Especial sobre la venta y explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños* ha desarrollado en sus informes diversas salvaguardas para prevenir la venta de niños y niñas, aplicables a la subrogación de carácter comercial y altruista.

De manera específica, ha señalado que la gestación por sustitución de carácter comercial puede llevarse a cabo sin que constituya venta de niños si queda claro que sólo se paga a la gestante por los servicios de subrogación y no por el traslado del niño. También, ha precisado que la gestación por sustitución de carácter altruista debe estar debidamente regulada para impedir la venta de niños, exigiendo que todos los reembolsos y pagos a las madres gestantes y los intermediarios sean razonables y estén debidamente detallados, además de someterse al examen de los tribunales y otras autoridades competentes<sup>12</sup>.

Por otra parte, ha destacado que, si bien existen diferencias entre la adopción y la gestación por sustitución, son aplicables a ambas instituciones determinados principios. A saber, el interés superior del

la India, (siete de julio de dos mil catorce), CRC/C/IND/CO/3-4, párrafo 58, inciso d), consultable en <https://undocs.org/es/CRC/C/IND/CO/3-4>).

<sup>12</sup> AGONU, Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás materia que muestre abusos sexuales de niños, (quince de enero de dos mil dieciocho), A/HR/37/60, párrafos 72 a 76, consultable en <https://undocs.org/es/A/HRC/37/60>.

**VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTENTE EN LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016**

niño como consideración primordial, la prohibición de venta de niños y niñas, la inexistencia del derecho a tener un hijo o hija, las regulaciones y limitaciones estrictas con relación a las transacciones financieras, los derechos de identidad y de acceso a los orígenes personales, así como las protecciones frente a la explotación<sup>13</sup>. Con independencia de lo anterior, ha señalado que en todos los casos de gestación por sustitución es necesario garantizar los derechos de identidad y acceso a la información sobre los orígenes genéticos y sobre la mujer gestante<sup>14</sup>.

En suma, el marco de los derechos constitucionales que involucra la gestación subrogada debe tomar en cuenta los derechos de los menores de edad, cuyo interés superior debe ser la consideración primordial de toda decisión que les afecte. Asimismo, resulta imperioso no retroceder en los avances logrados en la prohibición de la venta de niños y niñas. De ahí, la importancia de atender a las salvaguardas desarrolladas por la Relatora Especial. Finalmente, es útil tener en cuenta que, aunque se trate de instituciones distintas, son aplicables diversos principios de la adopción.

**b. Derechos de las mujeres y otras personas gestantes.**

<sup>13</sup> *Ídem.*, párrafos 28 a 64.

<sup>14</sup> AGONU, Informe de la Relatora Especial sobre la venta y explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, (quince de julio de dos mil diecinueve), A/74/162, párrafo 100, inciso b), consultable en <https://undocs.org/es/A/74/162>.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTENTE EN LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

Por lo que respecta a las mujeres y personas gestantes, considero que sus derechos no deben ser acotados al reconocimiento de su indiscutible derecho al libre desarrollo de la personalidad y autonomía reproductiva. Se deben tomar en cuenta las relaciones desiguales de poder que pueden confluir en un contrato de gestación subrogada, a fin de evitar que sean víctimas de explotación, coerción, discriminación y violencia<sup>15</sup>.

A tal efecto, es importante destacar que las mujeres son más vulnerables a abusos en contextos desregulados<sup>16</sup>. Por ello, considero que la mayor protección para todas las partes involucradas en este tipo de contratos se alcanzará a través de una regulación integral que permita los contratos de gestación por sustitución tanto onerosos como gratuitos, pues la prohibición de los primeros puede llevar a la práctica de la clandestinidad.

Esta regulación debe poner especial atención en garantizar, a través de un órgano de supervisión designado, la legalidad de los procedimientos, un proceso de asesoramiento verdaderamente independiente, el

<sup>15</sup> Idem, párrafo 47, inciso c).

<sup>16</sup> Tamés Noriega, Regina, *Gestación Subrogada en México*, en *Feminismos y Derecho. Un diálogo interdisciplinario en torno a los debates contemporáneos*, página 310, consultable en [https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2020-01/Libro%20FEMINISMOS DIGITAL 0.pdf](https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2020-01/Libro%20FEMINISMOS%20DIGITAL%200.pdf).

**VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTES EN LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016**

examen de idoneidad de las partes<sup>17</sup>, el consentimiento voluntario de las mujeres y personas subrogantes, y la preaprobación de los contratos antes del embarazo<sup>18</sup>.

Finalmente, se debe evitar criminalizar a las mujeres y personas subrogantes. En esos términos se ha pronunciado la Relatora Especial al señalar que una interpretación estricta del concepto de venta de niños puede tener consecuencias nefastas como el arresto y detención de mujeres subrogantes<sup>19</sup>. También, el Comité de la Convención para la

---

<sup>17</sup> Lo que también redundaría en el interés superior de la niñez. Así, el Comité sobre los Derechos del Niño en sus observaciones finales sobre el informe presentado por Israel manifestó su preocupación por la ausencia de un procedimiento adecuado para seleccionar a los futuros padres de los niños nacidos de madres gestantes en el extranjero, a fin de impedir la venta encubierta de niños y/o posibles abusos sexuales (Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre el informe presentado por Israel en virtud del artículo 12, párrafo 1, del 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, (trece de julio de dos mil quince), CRC/C/OPSC/ISR/CO/1, párrafos 28 y 29, consultable en <https://undocs.org/CRC/C/OPSC/ISR/CO/1>).

<sup>18</sup> AGONU, Informe de la Relatora Especial sobre la venta y explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, (quince de julio de dos mil diecinueve), A/74/162, párrafos 66, consultable en <https://undocs.org/es/A/74/162>.

<sup>19</sup> AGONU, Informe de la Relatora Especial sobre la venta y explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, (quince de julio de dos mil diecinueve), A/74/162, párrafos 77 y 78, consultable en <https://undocs.org/es/A/74/162>.

En este informe se precisó lo siguiente: *“Sin embargo, una interpretación estricta del concepto de la venta o la trata de niños como infracción penal puede tener consecuencias nefastas. Por ejemplo, en Camboya, 43 madres subrogantes fueron arrestadas y detenidas en virtud de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley de Eliminación de la Trata de Personas y la Explotación Sexual. Las madres subrogantes fueron puestas en libertad con la condición de mantener y criar a los niños nacidos por gestación por sustitución. Este caso pone de manifiesto los riesgos que entraña una aplicación estricta del derecho penal que no tenga en cuenta el interés superior del niño o los derechos de las madres subrogantes y de los futuros padres. En esos contextos, la amenaza real de la explotación y la mercantilización de los niños, y potencialmente de las madres subrogantes, suele estar relacionada con el papel de los intermediarios. En general, ello se debe al ánimo de lucro*





FORMA A-53

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTENTE EN LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha recomendado en informes periódicos poner fin a la práctica de recluir a las gestantes<sup>20</sup>.

En síntesis, se debe atender a la posición endeble que pueden tener las mujeres y personas gestantes y emitir una regulación que las proteja, sin criminalizarlas.

\*\*\*\*\*

En esta sentencia, el Tribunal Pleno se pronunció por primera ocasión sobre la gestación subrogada y por ello era importante que brindara claridad sobre el contenido y alcance de estos derechos, a fin de servir como referente a los legisladores y los aplicadores de derecho. El fallo mayoritario no tiene la contundencia necesaria para destacar esta otra cara de la moneda: deja de lado los derechos de las personas más

*de los intermediarios privados, cuya motivación principal es la conclusión satisfactoria del contrato de gestación por sustitución con escasa o ninguna consideración por los derechos de las personas implicadas*".

<sup>20</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Camboya*, (doce de noviembre de dos mil diecinueve), CEDAW/C/KHM/CO/6, párrafos 46 a 47, consultable en <https://undocs.org/en/CEDAW/C/KHM/CO/6>.

En estas observaciones se pronunció en los términos siguientes:

El Comité observa con preocupación que, desde que en octubre de dos mil dieciséis el Ministerio de Salud adoptó la decisión de tipificar todas las formas de gestación subrogada, se ha detenido a más de 60 madres subrogantes, que han sido encausadas por diversos cargos. Observa además que algunas de las mujeres han sido puestas en libertad bajo fianza a condición de que continúen el embarazo y crien como propios a los hijos nacidos mediante gestación subrogada hasta que cumplan los 18 años. Preocupa especialmente al Comité que esa obligación suponga una carga financiera y emocional adicional para las mujeres en situación precaria, que es precisamente lo que las lleva a convertirse en madres subrogantes, y que sean objeto de discriminación y estigmatización por parte de sus familias y comunidades por haber actuado como tales.

VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTENTE EN LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

vulnerables en el marco de estos tipos de contratos: los niños y niñas, y las gestantes. Por estos motivos, en la sesión en que se discutió este tema, voté en contra del sentido de la sentencia.

**II. Voto particular en relación con los temas competenciales.**

En el presente voto particular desarrollo las razones por las cuales en la sesión del primero de junio de dos mil veintiuno voté en contra del régimen de distribución de competencias desarrollado en la sentencia, lo que me llevó a conclusiones diferenciadas por lo que se refiere al análisis del artículo 380 bis del Código Civil para el Estado de Tabasco.

**a. Criterio adoptado.**

En el **Apartado II**, la sentencia aborda el estudio de los conceptos de invalidez, analizando en primer término, aquellos relacionados con la falta de competencia del Congreso del Estado de Tabasco para legislar sobre la gestación subrogada.

Para dar respuesta a estos planteamientos, realiza un desarrollo de la distribución de competencias en materia de salubridad general. Al respecto, determina que se trata de una materia concurrente, en la que corresponde al Congreso de la Unión distribuir facultades, conforme a los artículos 4° y 73, fracción XVI, de la Constitución General.





FORMA A-53

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTENTE EN LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

De manera específica, señala que la Ley General de Salud atribuye al Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Salud, la facultad de dictar las normas oficiales mexicanas a que quedará sujeta la prestación de los servicios de salud en todo el territorio nacional, así como aquellas que regulen la planificación familiar y el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos, sus componentes y células.

Una vez precisado el régimen de distribución de competencias, la sentencia declara la invalidez del párrafo primero del artículo 380 bis del Código Civil para el Estado de Tabasco. Lo anterior, al estimar que el Congreso local no se encontraba facultado para regular los aspectos técnicos del proceso de fertilización que implica la gestación subrogada (reproducción de cigotos y embriones); tampoco la condición médica de aquellos que pueden acceder a este servicio de reproducción asistida (parejas infértiles o estériles).

Finalmente, reconoce la validez del párrafo segundo del artículo 380 bis del Código Civil para el Estado de Tabasco, al considerar que el legislador local se limitó a definir lo que se entiende por fecundación homóloga y heteróloga en el contexto de la gestación subrogada, sin introducir mayores aspectos técnicos que los estrictamente necesarios para el entendimiento de los conceptos, por lo que no invade las facultades de la federación.

**VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTENTE EN LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016****b. Razones del disenso.****1. Régimen de distribución de competencias.**

Desde mi punto de vista, la competencia federal no se limita a la expedición de normas técnicas como afirma el proyecto. Los artículos 4<sup>o</sup><sup>21</sup> y 73, fracción XVI<sup>22</sup>, de la Constitución General disponen que corresponde al Congreso de la Unión dictar leyes en materia de salubridad general, en la que se definan las **bases y modalidades** para el acceso a los servicios de salud, así como la concurrencia de la Federación y las entidades federativas.

Por otra parte, las competencias locales van más allá de la regulación de las consecuencias civiles y familiares que se derivan del uso de las técnicas de reproducción asistida. Conforme al artículo 124 de la Constitución General<sup>23</sup>, corresponde a las entidades federativas regular

<sup>21</sup> **Constitución General.**

**Artículo 4.** [...]

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.

<sup>22</sup> **Constitución General.**

**Artículo 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.

<sup>23</sup> Acción de inconstitucionalidad 144/2017, resuelta por el Tribunal Pleno en sesión de once de noviembre de dos mil diecinueve.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTENTE EN LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

la materia sustantiva familiar. Ello comprende temas de parentesco, filiación, reconocimiento de los hijos, adopción, patria potestad, alimentos, contratos, consentimiento, capacidad, entre otros. En cambio, las cuestiones adjetivas son facultad del Congreso de la Unión<sup>24</sup>.

A partir de lo anterior, sostengo que corresponde a la Federación 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**. De igual manera, sostengo que concierne a las entidades federativas **el reconocimiento de los procedimientos mediante los cuales se reconocerá la filiación de los niños nacidos bajo esta técnica**. Asimismo, pueden regular cuestiones atinentes a la capacidad, el consentimiento, el parentesco, entre otros.

Es por estas razones que, en la sesión en que se discutió este aspecto del asunto, me aparté del parámetro competencial que desarrolla la sentencia, en atención a que limita indebidamente la facultad de la Federación y omito hacer referencia a la competencia de las entidades

Acción de inconstitucionalidad 58/2018, resuelta por el Tribunal Pleno en sesión de ocho de junio de dos mil veinte.

<sup>24</sup> **Constitución General.**

**Artículo 73.** El Congreso tiene facultad: [...]

XXX. Para expedir la legislación única en materia procesal civil y familiar, así como sobre extinción de dominio en los términos del artículo 22 de esta Constitución, y

VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTES EN LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

federativas para legislar en las materias sustantivas civil y familiar, aunque al analizar las normas realice una precisión al respecto.

**2. Constitucionalidad del párrafo primero del artículo 380 bis del Código Civil para el estado de Tabasco.**

Corresponde ahora, pronunciarme sobre la constitucionalidad del párrafo primero del artículo 380 bis del Código Civil para el Estado de Tabasco, que dispone lo siguiente:

**ARTICULO 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.*

Como anuncié en sesión, no comparto la propuesta de declarar la invalidez de la totalidad del párrafo primero del artículo 380 bis del Código Civil.



FORMA A-53

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTENTE EN LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

En términos de la distribución de competencias que he desarrollado, corresponde a la Federación fijar las **bases de los aspectos sanitarios** de la materia, así como las **modalidades para el acceso a los servicios de salud** relativos; mientras que concierne a las entidades federativas reconocer los procedimientos mediante los cuales se establecerá la filiación de los niños y las niñas nacidas mediante el uso de técnicas de reproducción asistida.

La norma cuestionada desarrolla qué se entiende por reproducción humana asistida para efectos de la regulación civil que tiene lugar en los siguientes artículos.

Entonces, no está regulando una cuestión relacionada con la salubridad general, sino estableciendo una definición necesaria para efectos del reconocimiento de la filiación de los niños y niñas nacidas bajo estas técnicas, en específico, la gestación subrogada, en uso de su autonomía calificadora, concepto que describe la potestad de establecer el contenido de distintas figuras normativas, atendiendo a la naturaleza de la legislación en cuestión, sin importar que dicha figura se encuentre prevista en un ordenamiento de diferente contenido. Es decir, atendiendo a la naturaleza y los fines que se persiguen con cada ordenamiento legal, el legislador cuenta con la facultad de calificar y dotar de contenido a las instituciones jurídicas que en ellos se regulen.

VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTENTE EN LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

Así lo reconoció el Tribunal Pleno en la acción de inconstitucionalidad 146/2007, fallada en sesión de veintiocho de agosto de dos mil ocho, en la que resolvió, precisamente atendiendo al principio de autonomía calificadora, que resultaba válido que el legislador del Distrito Federal (ahora Ciudad de México) estableciera una definición de embarazo distinta a la contenida en la Ley General de Salud para un ámbito distinto a la salubridad general, como el civil, tal como ocurre en el caso que nos ocupa.

Por estas razones, en la sesión aludida, voté en contra de declarar la invalidez total del párrafo primero, pues no regula de manera directa aspectos sanitarios, sino define las técnicas de reproducción para efectos civiles.

Con todo, considero que la porción normativa "*de la pareja infértil o estéril*" es inconstitucional. Me explico.

Cuando la norma se refiere a la pareja infértil o estéril, limita el derecho al reconocimiento de la filiación de las niñas y niños nacidos mediante estos procedimientos a aquellas personas unidas en pareja que padezcan de infertilidad o esterilidad, **lo que incide de manera indirecta en el acceso a técnicas de reproducción asistida del resto de las personas**. En consecuencia, debe ser analizada bajo un test de proporcionalidad.





PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTENTE EN LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

FORMA A-53

Esto es, se debe corroborar: *i)* que la medida legislativa persiga un fin constitucionalmente válido; *ii)* que resulte idónea para satisfacer en alguna medida su propósito constitucional; *iii)* que no existan medidas alternativas igualmente idóneas para lograr dicho fin, pero menos lesivas para el derecho fundamental; y, *iv)* que el grado de realización del fin perseguido sea mayor al grado de afectación provocado al derecho fundamental por la medida impugnada<sup>25</sup>.

Al respecto, estimo que la norma persigue una finalidad constitucionalmente válida, consistente en definir las técnicas de reproducción asistida para efectos de la regulación civil. Sin embargo, ~~no~~ es idónea porque excluye a aquellas personas que no están unidas en pareja, a quienes tienen un impedimento médico importante para llevar a cabo un embarazo y a quienes tienen una esterilidad estructural, como las parejas homosexuales.

En efecto, las definiciones tradicionales de infertilidad y esterilidad no dan cuenta de estas situaciones. Así, para la Organización Mundial de la Salud<sup>26</sup>, la infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo,

<sup>25</sup> Tesis: 1a. CCLXIII/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época 2013156, Primera Sala, Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II, Pág. 915, Tesis Aislada, **TEST DE PROPORCIONALIDAD. METODOLOGÍA PARA ANALIZAR MEDIDAS LEGISLATIVAS QUE INTERVENGAN CON UN DERECHO FUNDAMENTAL.**

<sup>26</sup> Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), disponible en [https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art\\_terminology\\_es.pdf?ua=1](https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1)

**VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTENTE EN LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016**

definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de doce meses o más de relaciones sexuales no protegidas. De manera análoga, la NOM-005-SSA1-1993<sup>27</sup> define la esterilidad como la incapacidad de un individuo, hombre o mujer o de ambos integrantes de la pareja en edad fértil para lograr un embarazo por medios naturales, después de un periodo mínimo de doce meses de exposición regular al coito, sin el uso de métodos anticonceptivos.

En este sentido, la medida no es idónea porque limita el reconocimiento de la filiación a estos casos, desconociendo que la Corte Interamericana ha reconocido que el derecho de acceso a técnicas de reproducción asistida corresponde tanto a parejas, como personas<sup>28</sup>.

Por estos motivos, aunque sostengo la constitucionalidad del párrafo primero del artículo 380 bis del Código Civil del Estado de Tabasco, considero que es inconstitucional la porción normativa "*la pareja infértil o estéril*", al no superar un test de proporcionalidad.

<sup>27</sup> **RESOLUCIÓN por la que se modifica la Norma Oficial Mexicana NOM-005-SSA2-1993, De los servicios de planificación familiar.**

ESTERILIDAD.- Es la incapacidad de un individuo, hombre, mujer o de ambos integrantes de la pareja, en edad fértil, para lograr un embarazo por medios naturales, después de un periodo mínimo de 12 meses de exposición regular al coito, sin uso de métodos anticonceptivos

<sup>28</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica, sentencia de veintiocho de noviembre de dos mil doce (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 63, consultable en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf).



FORMA A-53

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTENTE EN LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

### 3. Constitucionalidad del párrafo segundo del artículo 380 bis del Código Civil de Tabasco.

Por último, presento las razones por las cuales me pronuncié por la invalidez de diversas porciones normativas del párrafo segundo, del artículo 380 bis del Código Civil de Tabasco. En específico las siguientes: i) "**se permite a los cónyuges o concubinos la inseminación o fecundación homóloga y heteróloga**" y ii) "**cónyuges o concubinos**".

Este párrafo dispone lo siguiente:

**ARTICULO 380 Bis.** Concepto de Reproducción Humana Asistida

[...] 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**.

En primer término considero que la porción normativa "**se permite a los cónyuges o concubinos la inseminación o fecundación homóloga y heteróloga**" 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, conforme al parámetro de distribución de competencias que presenté con anterioridad.

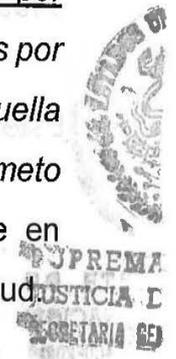
VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTES EN LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

Lo anterior, en virtud de que no establece una definición necesaria para regular los procedimientos mediante los cuales se reconocerá la filiación de los niños y niñas nacidas mediante el uso de técnicas de reproducción asistida. El uso de la interlocución “*se permite*” incide en quienes pueden acceder a estos métodos, lo que trasciende a las facultades de la federación en la materia.

En cambio, el resto del artículo que establece “*Se entiende por fecundación homóloga aquella en la que los gametos son aportados por ambos cónyuges o concubinos y por fecundación heteróloga, aquella en la que uno de los gametos es donado por un tercero y el otro gameto es aportado por uno de los cónyuges o concubinos*” no incide en aspectos sanitarios o modalidades de acceso a los servicios de salud.

La frase “*se entiende*” revela que se trata de una definición que puede resultar útil para la regulación civil de la materia y un ejercicio de la autonomía calificadora del legislador local.

Por último, aunque la sentencia declare la invalidez de las porciones normativas “*cónyuges o concubinos*” en el considerando relativo a la extensión de efectos, estimo que se debió abordar su estudio en este apartado, atento a que se encuentran en un párrafo que fue combatido por la accionante, con fundamento en el artículo 71 de la Ley





FORMA A-5:

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTES EN LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución General<sup>29</sup>.

En efecto, estas porciones normativas establecen una distinción basada en una categoría sospechosa, a saber, el estado civil, porque acotan el reconocimiento de la filiación a aquellas personas unidas en matrimonio o concubinato. Por este motivo, deben ser sometidas a un test de escrutinio estricto.

Así, se debió analizar si la distinción legislativa: *i)* tenía una *finalidad imperiosa* desde el punto de vista constitucional; *ii)* se encontraba *estrechamente vinculada* con esa finalidad constitucionalmente imperiosa (esto es, estaba totalmente encaminada a la consecución de la finalidad); y *iii)* era la *medida menos restrictiva posible* para conseguir la finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución General.

**Artículo 71.** Al dictar sentencia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación deberá corregir los errores que advierta en la cita de los preceptos invocados y suplirá los conceptos de invalidez planteados en la demanda. La Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá fundar su declaratoria de inconstitucionalidad en la violación de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el escrito inicial. Igualmente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá fundar su declaración de invalidez en la violación de los derechos humanos consagrados en cualquier tratado internacional del que México sea parte, haya o no sido invocado en el escrito inicial.

<sup>30</sup> Tesis: 1a./J. 87/2016 (10ª), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, 2010590, Primera Sala, Libro 25, Diciembre de 2015, Tomo I, P. 109, Jurisprudencia, **CONSTITUCIONALIDAD DE DISTINCIONES LEGISLATIVAS QUE SE APOYAN EN UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA. FORMA EN QUE DEBE APLICARSE EL TEST DE ESCRUTINIO ESTRICTO.**

**VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTENTE EN LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016**

En el caso, el test no se supera, en virtud de que excluir a las personas solteras no es una medida que esté estrechamente vinculada a las únicas finalidades imperiosas a las que podría atender: proteger a la familia o atender al interés superior de la niñez. Sobre el particular, la Corte Interamericana ha sostenido que la Convención no protege un solo modelo de familia. Así, una determinación basada en presunciones y estereotipos sobre la capacidad e idoneidad parental no es adecuada para asegurar el interés superior de la infancia<sup>31</sup>. En esa línea, nuestro Tribunal Constitucional ha sostenido de manera reiterada que la Constitución General<sup>32</sup> no reconoce un modelo único o ideal de familia, sino protege todas las formas y manifestaciones de ésta.

\*\*\*\*

En conclusión, considero que el párrafo primero del artículo 380 bis del Código Civil para el Estado de Tabasco es constitucional, salvo en la porción normativa "*de la pareja infértil o estéril*". Por su parte, el párrafo segundo también es constitucional, salvo en las porciones normativas,

<sup>31</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Fornerón e hijas vs. Argentina, sentencia de veintisiete de abril de dos mil doce, (Fondo, reparaciones y costas), párrafos 98 y 99, consultable en [https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_242\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf).  
Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia de veinticuatro de febrero de dos mil doce, (Fondo, reparaciones y costas), párrafo 142, consultable en [https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf).

<sup>32</sup> Acción de inconstitucionalidad 2/2010, resuelta por el Tribunal Pleno en sesión celebrada el dieciséis de agosto de dos mil diez.

Amparo en revisión 706/2015, resuelta por la Primera Sala en sesión celebrada el primero de junio de dos mil dieciséis.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTE EN LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

“**se permite** a los *cónyuges o concubinos* la *inseminación o fecundación homóloga y heteróloga*” y “*cónyuges o concubinos*”.

**III. Voto concurrente en relación con el párrafo tercero del artículo 380 bis del Código Civil para el Estado de Tabasco.**

En el presente voto concurrente, desarrollo los motivos por los cuales comparto la declaratoria de invalidez de la porción normativa “*por algún cónyuge o por algún concubino*” contenida en el párrafo tercero del artículo 380 bis del Código Civil para el Estado de Tabasco, pero me separo de las consideraciones de la sentencia.

**a. Consideraciones de la mayoría.**

En el título “1.2 VIOLACIÓN A LOS PRINCIPIOS DE SEGURIDAD Y LEGALIDAD JURÍDICA”, la sentencia sostiene que el párrafo tercero del artículo 380 bis del Código Civil para el Estado de Tabasco impide a las mujeres expresar su consentimiento para que sus gametos puedan ser fecundados *post mortem*.

Entonces, considera que establece una distinción basada en una categoría sospechosa, a saber, el sexo, que no supera un escrutinio estricto porque no existe justificación constitucional alguna por la cual sólo el *cónyuge o concubino varón* pueda otorgar su anuencia para tales

VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTENTE EN LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

efectos. Sobre esta base, declara la invalidez de la porción normativa “*por algún cónyuge o por algún concubino*”.

**b. Motivos de la concurrencia.**

Contrario a lo que señala la sentencia, el tercer párrafo del artículo 380 bis, no establece una distinción basada en el sexo. La expresión “*por algún cónyuge o por algún concubino*” claramente alude a cualquiera de ellos.

En efecto, el artículo 380 bis, párrafo tercero dispone lo siguiente:

**ARTICULO 380 Bis.-** *Concepto de Reproducción Humana Asistida*  
[...]

*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.*

Como se desprende de esta transcripción, la norma permite a cualquier cónyuge o concubino (hombre o mujer) otorgar su consentimiento para que sus gametos puedan ser utilizados en un procedimiento de inseminación *post mortem*. Lo que se corrobora con el empleo del





FORMA A

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTES EN LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

término gameto<sup>33</sup>, que se refiere a células reproductoras masculinas (espermias) y femeninas (óvulos).

No obstante, la norma sí establece una distinción basada en el estado civil, al sólo permitir otorgar el consentimiento a personas unidas en matrimonio o concubinato, para efectos del reconocimiento de la filiación de niñas y niños nacidos mediante una técnica de reproducción asistida. De ahí que debe ser sometida a un escrutinio estricto.

Escrutinio que no supera, porque excluir a las personas **solteras** de la posibilidad de expresar su consentimiento para que sus gametos puedan ser utilizados después de la muerte en un procedimiento de inseminación no es una medida que esté estrechamente vinculada a las únicas finalidades imperiosas que podría atender: a saber, proteger a la familia o el interés superior de la niñez.

Como ya he desarrollado anteriormente, la Corte Interamericana ha sostenido que la Convención no protege un solo modelo de familia. Así, una determinación basada en presunciones y estereotipos sobre la capacidad e idoneidad parental no es adecuada para asegurar el interés

<sup>33</sup> Gameto: Cada una de las dos células, fémica y masculina, que intervienen en la fecundación, las cuales al unirse dan origen a la formación de un nuevo individuo, como el óvulo y el espermatozoide en el ser humano y otros animales (Diccionario del Español de México, Colegio de México, <https://dem.colmex.mx/ver/gameto>).

**VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTENTE EN LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016**

superior de la infancia<sup>34</sup>. En esa línea, nuestro Tribunal Constitucional ha sostenido de manera reiterada que la Constitución General<sup>35</sup> no reconoce un modelo ideal de familia, sino protege todas las formas y manifestaciones de ésta.

Por estas razones, considero que la porción normativa “*por algún cónyuge o por algún concubino*”, contenida en el artículo 380 bis, párrafo tercero es inconstitucional, por establecer una distinción basada en una categoría sospechosa (el estado civil) que no supera el escrutinio correspondiente.

**IV. Voto concurrente en relación con el artículo 380 bis 3, párrafo quinto, del Código Civil para el Estado de Tabasco.**

En el presente voto concurrente, desarrollo las razones por las cuales coincido con la declaratoria de invalidez del artículo 380 bis 3, párrafo quinto, del Código Civil para el Estado de Tabasco, pero me aparto de algunas consideraciones de la sentencia.

<sup>34</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Fomerón e hijas vs. Argentina, sentencia de veintisiete de abril de dos mil doce, (Fondo, reparaciones y costas), párrafos 98 y 99, consultable en [https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_242\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia de veinticuatro de febrero de dos mil doce, (Fondo, reparaciones y costas), párrafo 142, consultable en [https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf).

<sup>35</sup> Acción de inconstitucionalidad 2/2010, resuelta por el Tribunal Pleno en sesión celebrada el dieciséis de agosto de dos mil diez.

Amparo en revisión 706/2015, resuelta por la Primera Sala en sesión celebrada el primero de junio de dos mil dieciséis.



FORMA A-1

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

**VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTENTE EN LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016**

**a. Consideraciones de la mayoría.**

La sentencia declara la invalidez del artículo 380 bis 3, párrafo quinto, del Código Civil para el Estado de Tabasco por las razones siguientes.

En primer término, considera que el interés superior de la infancia exige que las decisiones que se adopten respecto a niñas y niños busquen siempre su mayor interés, lo que no puede establecerse de manera abstracta, pues las relaciones familiares son extraordinariamente complejas, particularmente en el contexto de técnicas de reproducción asistida.

En segundo lugar, expone que, *por regla general*, la mujer gestante y su cónyuge o concubino no tienen legitimación para demandar la maternidad, paternidad o custodia de la niña o niño producto de la inseminación. Ello, en virtud de que la voluntad procreacional es uno de los elementos determinantes para la determinar la filiación de los menores de edad nacidos bajo técnicas de reproducción asistida. Además, es en el interés superior del menor de edad que se reconozca la filiación a aquellas personas que tienen la voluntad de ejercer el rol de padres o madres, la que no se actualiza respecto de la gestante.

Por otra parte, la sentencia señala que la norma también resulta inconstitucional debido a que establece una regla que coloca a las

VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTES EN LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

mujeres gestantes y sus cónyuges en una especie de prelación respecto de otras personas que pudieran asumir la custodia del niño o niña, lo que imposibilita al juzgador resolver atendiendo a las circunstancias del caso.

**b. Motivos de la concurrencia.**

El artículo 380 bis, párrafo quinto, del Código Civil para el Estado de Tabasco dispone lo siguiente:

**ARTICULO 380 Bis 3. Condición de la Gestante**  
[...]

*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.*

Como desarrollé al pronunciarme sobre el contenido y alcance de los derechos involucrados, el punto de partida de cualquier decisión sobre niñas y niños debe ser su interés superior. La Convención sobre los Derechos del Niño establece que este principio será la *consideración primordial* en todas las medidas que les conciernan<sup>36</sup>.

<sup>36</sup> Convención sobre los Derechos del Niño.

**Artículo 3.**

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTENTE EN LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

En este sentido, la filiación de un menor de edad nacido mediante una gestación subrogada se establece a la luz de su interés superior. Así lo reconoció la Primera Sala al resolver el amparo en revisión 553/2018 en sesión celebrada el veintiuno de noviembre de dos mil dieciocho<sup>37</sup>. Ello sin perjuicio de que en ese mismo precedente se determinó que **uno de los factores fundamentales** para determinar la filiación en este supuesto será la voluntad procreacional.

Es así, porque la voluntad procreacional es **uno de los factores fundamentales**, pero no tiene el alcance de desplazar el interés superior de la niñez que constituye la **consideración primordial**.

Maxime que la filiación es un derecho de los niños y las niñas, no una facultad de los padres<sup>38</sup>.

Por otra parte, existe un interés fundamental en el mantenimiento de las relaciones familiares. De esta manera, el artículo 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>39</sup> establece que los Estados parte velarán

legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

<sup>37</sup> Párrafos 52 a 53.

<sup>38</sup> Contradicción de tesis 430/2013, resuelta por la Primera Sala en sesión celebrada el veintiocho de mayo de dos mil catorce.

<sup>39</sup> **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

**VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTENTE EN LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016**

porque el niño no sea separado de sus padres, **excepto cuando tal medida sea necesaria a la luz de su interés superior**. Por ejemplo, en los casos en que sea objeto de maltrato o descuido. Al respecto, la Primera Sala ha desarrollado una amplia doctrina, concluyendo que, para justificar una separación, debe existir una **situación de riesgo**<sup>40</sup>.

En dicho supuesto, la Corte Interamericana ha considerado en la OC-17/2002 que el niño debe permanecer dentro de la familia, salvo que existan razones determinantes, en función de su interés superior, para separarlo de este núcleo. Lo anterior, pues los menores de edad tienen derecho a convivir con su familia, la cual está llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. Por ello, esta unidad protegida contra injerencias arbitrarias o ilegales<sup>41</sup>.

Atento a lo anterior, el propio Código Civil para el Estado de Tabasco, establece que 1) si la patria potestad se ejerce por el padre y la madre y alguno de ellos dejare de ejercerla (por ejemplo, en caso de fallecimiento), quien quede continuará en el ejercicio de esa función<sup>42</sup>;

---

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.

<sup>40</sup> Amparo directo en revisión 6179/2015 resuelto el veintitrés de noviembre de dos mil dieciséis en la Primera Sala, bajo mi ponencia.

<sup>41</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002, *Condición jurídica y Derechos Humanos del Niño*, de veintiocho de agosto de dos mil dos, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párrafos 62 a 77, consultable en [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf).

<sup>42</sup> **Código Civil local.**

**Artículo 427.** Continuación del ejercicio de la patria potestad.

Cuando la patria potestad se ejerza por el padre y la madre, si alguno de ellos deja de ejercerla, quien quede continuará en el ejercicio de esta función.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTES EN LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

asimismo, dispone que 2) en caso de falta o impedimento del padre o madre, la patria potestad corresponde al abuelo y abuela paternos y maternos<sup>43</sup>.

Sin embargo, en el caso, el artículo 380 bis 3, párrafo quinto, del Código Civil para el Estado de Tabasco permite a la persona gestante o su cónyuge solicitar la custodia de un niño o niña por el solo hecho de que **uno** de sus padres sufra una discapacidad o haya fallecido.

El fallecimiento o discapacidad no es insuficiente para colmar el estándar que exige no separar a los menores de edad de su núcleo familiar, excepto cuando ello sea necesario con base en su interés superior. Tampoco actualiza por sí mismo una situación de riesgo. Por ello, resulta inconstitucional, al no respetar la protección de la familia contra injerencias arbitrarias y no privilegiar el interés superior del menor de edad.

Sin embargo y con base en lo expuesto, me separo de las consideraciones del proyecto contenidas en el párrafo 232 de la sentencia, que sostienen que, *por regla general, ni la mujer gestante ni el cónyuge o concubino tienen legitimación para denunciar la*

<sup>43</sup> Artículo 425. Por ascendientes.

Solamente por falta o impedimento del padre y de la madre, la patria potestad corresponde al abuelo y a la abuela paternos y maternos.

**VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTES EN LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016**

*maternidad o paternidad, e incluso la custodia del niño o niña producto de la inseminación.*

Si bien es cierto que, en la mayoría de los casos los padres intencionales ejercerán la patria potestad y custodia de los niños y niñas producto de la subrogación, de ahí no deriva una regla general en el sentido de que ni la mujer gestante ni su cónyuge tengan legitimación para someter a juicio la cuestión de la filiación a la luz del interés superior del niño o la niña. Por ejemplo, si la gestante tiene un vínculo biológico, al haber donado su óvulo, y los padres intencionales abandonan al niño o niña.

Debemos tener cuidado con aquellos criterios que privilegian la "seguridad jurídica" al interés superior de los niños y las niñas. Al respecto, la Relatora Especial ha señalado que *"en algunas jurisdicciones la regulación de la gestación por sustitución está pensada para garantizar el cumplimiento de los contratos, entregar los niños a los aspirantes a progenitor, mantener los beneficios de la industria y rechazar intencionalmente la mayor parte de las protecciones de las que son merecedoras los niños o las madres de alquiler"*<sup>44</sup>.

<sup>44</sup> AGONU, Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás materia que muestre abusos sexuales de niños, (quince de enero de dos mil dieciocho), A/HR/37/60, párrafo 33, consultable en <https://undocs.org/es/A/HRC/37/60>.



FORMA A

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

**VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTES EN LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016**

Por estos motivos, también me separo del párrafo 236 de la sentencia que establece que la gestante *carece de voluntad procreacional, elemento central que atribuye o determina la filiación en estos procedimientos*. Insisto, la consideración primordial para atribuir la filiación es el interés superior de la niñez. En cambio, la voluntad procreacional es *uno de los elementos fundamentales*, pero no tiene el alcance de desplazar el primero. Atendiendo a los elementos particulares del caso, pudiera acreditarse que es en beneficio de la niña o niño permanecer con la gestante, por ejemplo, en el caso de abandono de los contratantes.

Finalmente, me aparto del párrafo 237 de la sentencia que dispone que *es del interés superior del menor que se reconozca la filiación a aquellas personas que tienen la voluntad de ejercer ese rol*. Lo anterior, pues el interés superior de la niñez no puede ser establecido de carácter general y de forma abstracta, en tanto las relaciones familiares son extraordinariamente complejas y varias.

Por estas razones, en la sesión del tres de junio de dos mil veintiuno en que se discutió la constitucionalidad del artículo 380 bis, párrafo quinto, del Código Civil para el Estado de Tabasco voté en favor de la declaratoria de invalidez, pero apartándome de aquellas consideraciones que privilegian la voluntad procreacional y la seguridad jurídica sobre el interés superior de la niñez.

VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTE EN LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

**V. Voto concurrente y particular en relación con los párrafos cuarto y sexto del artículo 380 bis 3 del Código Civil para el Estado de Tabasco.**

En el presente voto concurrente y particular, desarrollo los motivos por los cuales comparto 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*" prevista en el sexto párrafo, ambos del artículo 380 bis 3 del Código Civil para el Estado de Tabasco, separándome de algunas consideraciones de la sentencia.

Adicionalmente, presento las razones por las que considero que se debió declarar la invalidez de la porción normativa "*y que no ha participado en más de dos ocasiones consecutivas en dicho procedimiento*" del párrafo cuarto del artículo mencionado.

**a. Criterio adoptado.**

En el título "3.1 VIOLACIÓN AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y AUTONOMÍA REPRODUCTIVA DE LA MUJER", la sentencia señala que cualquier intervención en la decisión de la mujer de disponer de su cuerpo en un procedimiento de gestación subrogada afecta su libre desarrollo de la personalidad, específicamente, su



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTENTE EN LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

FORMA A-51

autonomía reproductiva. De igual manera, puede incidir en su derecho a la salud reproductiva y mental.

Lo anterior, porque esta determinación afecta su esfera más íntima, al involucrar la elección de un determinado proyecto de vida por razones personales, económicas, sociales, culturales, médicas, morales, entre otras. Asimismo, se materializa en diversas intervenciones médicas que pueden poner en riesgo su capacidad reproductiva, su vida y repercutir en su estado psicoemocional.

Entonces, la sentencia declara la 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*" prevista en el sexto párrafo, ambos del artículo 380 bis 3, al estimar que perpetúan el estereotipo de que la mujer no puede ejercer su capacidad reproductiva de manera autónoma, lo que provoca un efecto estigmatizante.

**b. Razones del voto concurrente y particular.**

El artículo 380 bis 3, párrafos *cuarto* y *sexto*, disponen lo siguiente:

**ARTICULO 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*



VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTES EN LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

*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.*

[...]

*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.*

Como se advierte de la anterior transcripción, estos párrafos establecen una distinción basada en una categoría sospechosa, esto es, en el estado civil: mientras que una mujer soltera puede celebrar el contrato de gestación por su propia cuenta, una mujer casada o en concubinato debe acreditar el conocimiento (párrafo cuarto) y consentimiento (párrafo sexto) de su cónyuge o concubino. De esta manera, su constitucionalidad debe ser analizada a la luz de un test de escrutinio



FORMA A-53

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTES EN LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

estricto que permita establecer si la distinción legislativa: *i)* tiene una *finalidad imperiosa* desde el punto de vista constitucional; *ii)* se encuentra *estrechamente vinculada* con ese objetivo; y *iii)* resulta la *medida menos restrictiva posible* para conseguirla<sup>45</sup>.

Considero que los párrafos citados sí persiguen una finalidad constitucionalmente imperiosa, esto es, brindar seguridad jurídica respecto del derecho de los niños y niñas al reconocimiento de la filiación. Ello, porque conforme al Código Civil para el Estado de Tabasco se *presumen* hijos de los cónyuges y concubinos los nacidos como consecuencia del uso de *cualquier método de reproducción humana artificial*<sup>46</sup>.



<sup>45</sup> Tesis: 1a./J. 87/2015 (10ª), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, 2010590, Primera Sala, Libro 25, Diciembre de 2015, Tomo I, P. 109, Jurisprudencia, **CONSTITUCIONALIDAD DE DISTINCIONES LEGISLATIVAS QUE SE APOYAN EN UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA. FORMA EN QUE DEBE APLICARSE EL TEST DE ESCRUTINIO ESTRICTO.**

<sup>46</sup> Código Civil para el Estado de Tabasco.

**Artículo 324.** Quiénes se presumen hijos de los cónyuges.

Se presumen hijos de los cónyuges, incluyendo a los concebidos como consecuencia del uso de cualquier método de reproducción humana artificial:

I.- Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio; y

II.- Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio.

**Artículo 340.** Presunción de los hijos de concubinato

Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

I.- Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que empezó el concubinato;  
II.- Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina; y

III.- Los nacidos después de los trescientos días en que haya cesado la vida en común, que hayan sido concebidos como consecuencia del empleo de cualesquiera métodos de reproducción humana artificial, ya sea que tengan o no un nexo biológico con uno o ambos padres, siempre que el concubinario haya otorgado su consentimiento de una manera indubitable.

VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTE EN LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

Sin embargo, la medida no es idónea, ni mucho menos está estrechamente vinculada, con dicho objetivo, pues tiene como fundamento al menos dos **estereotipos de género**: i) que los hombres pueden ejercer autoridad sobre los cuerpos y la fertilidad de sus esposas o concubinas<sup>47</sup>, y ii) que las mujeres requieren de la dirección de una persona más estable y con mejor criterio, usualmente un hombre protector<sup>48</sup>. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha referido que el consentimiento informado para someterse a

<sup>47</sup> Sobre el particular, la Corte IDH ha reconocido que el derecho a la autonomía y la libertad reproductiva comprende el derecho de la mujer a tomar decisiones autónomas sobre su plan de vida, su cuerpo y su salud sexual reproductiva, libre de toda violencia coacción y discriminación. Asimismo, ha referido que el **consentimiento informado para someterse a intervenciones médicas es personal**, en tanto debe ser brindado por la persona que accederá al procedimiento. De igual forma, la Corte IDH ha subrayado el impacto que tienen los estereotipos de género ya mencionados en el libre ejercicio de las mujeres de sus **derechos sexuales y reproductivos**, en particular, en el proceso y la forma en que se obtiene el consentimiento.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso I.V. vs. Bolivia, sentencia de treinta de noviembre de dos mil dieciséis (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párrafos 149 a 182, consultable en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_329\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf).

<sup>48</sup> Corte IDH. Caso I.V. Vs. Bolivia. "187. [...] La Corte visibiliza algunos estereotipos de género frecuentemente aplicados a mujeres en el sector salud, que generan efectos graves sobre la autonomía de las mujeres y su poder decisorio: i) las mujeres son identificadas como **seres vulnerables e incapaces de tomar decisiones confiables o consistentes**, lo que conlleva a que profesionales de la salud nieguen la información necesaria para que las mujeres puedan dar su consentimiento informado; ii) las mujeres son consideradas como seres **impulsivos y volubles**, por lo que **requieren de la dirección de una persona más estable y con mejor criterio, usualmente un hombre protector**, y iii) las mujeres **deben ser quienes deben llevar la responsabilidad de la salud sexual de la pareja**, de modo tal que es la mujer quien dentro de una relación tiene la tarea de elegir y usar un método anticonceptivo. [...]"



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTES EN LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

intervenciones médicas es personal, en tanto debe ser brindado por la persona que accederá al procedimiento<sup>49</sup> y no por un tercero.

No sobra señalar, a mayor abundamiento, que la medida tampoco es necesaria, porque el vínculo entre los contratantes y el feto es reconocido por autoridad judicial y lo que brinda seguridad jurídica a la filiación es la figura de la adopción plena<sup>50</sup>.

En este sentido, me separo de los párrafos 262 a 264 de la sentencia, en los cuales 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<sup>51</sup> establece que en el

CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN  
SECRETARÍA DE ACUERDOS

<sup>49</sup> Corte IDH, Caso I.V. Vs. Bolivia, Sentencia de treinta de noviembre de dos mil dieciséis (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafos 149 a 182, consultable en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_329\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf).

<sup>50</sup> Código Civil para el Estado de Tabasco.

Artículo 380 Bis 5. Requisitos del Contrato de Gestación.

[...]

Una vez que sea suscrito el instrumento jurídico ante Notario Público, **deberá ser aprobado por el Juez competente, a través de procedimiento judicial no contencioso, en el que se reconozca el vínculo entre los contratantes y el feto**, a su vez que la gestante y, en su caso, su cónyuge o concubino renuncien a cualquier derecho de parentesco con el recién nacido. El Instrumento aprobado deberá ser notificado en sus efectos a la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado.

Artículo 380 Bis 6.- Asentamiento del recién nacido.

El certificado de nacimiento será expedido por el médico autorizado o tratante que haya asistido a la mujer gestante en el nacimiento del o los recién nacidos; también llenará el formato expedido para tal efecto por la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado, el que contendrá, en este caso, la constancia que la gestación fue asistida a través de una técnica de apoyo a la reproducción humana o práctica médica, denominada gestación por contrato.

**El asentamiento del recién nacido deberá realizarse mediante la figura de la adopción plena aprobada por Juez competente, en los términos del presente Código.**

<sup>51</sup> Código Civil para el Estado de Tabasco

Artículo 380 Bis 5. Requisitos del Contrato de Gestación.

[...]

**VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTES EN LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016**

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.

Al respecto, considero que la porción normativa que establece que, *“en su caso, el cónyuge o concubino”* deberá renunciar a cualquier derecho de parentesco con el recién nacido para que la mujer o persona gestante pueda celebrar el contrato de gestación, adolece del mismo vicio que las porciones declaradas inválidas. Lo anterior, en virtud de que facultan a un tercero para autorizar o no, una decisión que corresponde únicamente a la gestante. Es por ello que, durante la sesión pública correspondiente al siete de junio de dos mil veintiuno, propuse la invalidez por extensión de tal porción normativa, lo cual fue aceptado por la mayoría.

Finalmente, considero que, en suplencia de la queja, se debió haber declarado la inconstitucionalidad de la porción normativa *“y que no ha participado en más de dos ocasiones consecutivas en dicho procedimiento”*, contenida en el párrafo cuarto del artículo 380 bis 3 del Código Civil para el Estado de Tabasco.

---

Una vez que sea suscrito el instrumento jurídico ante Notario Público, deberá ser aprobado por el Juez competente, a través de procedimiento judicial no contencioso, en el que se reconozca el vínculo entre los contratantes y el feto, a su vez que la gestante **y, en su caso, su cónyuge o concubino** renuncien a cualquier derecho de parentesco con el recién nacido. El Instrumento aprobado deberá ser notificado en sus efectos a la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTES EN LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

FORMA A-1

En efecto, al impedir a la gestante firmar un contrato de subrogación si ha participado en más de dos ocasiones **consecutivas** en este procedimiento, limita *prima facie* su derecho al libre desarrollo de la personalidad y su autonomía reproductiva, por lo que debe ser sometida a un examen de proporcionalidad.

Esto es, se debe corroborar: *i)* que la medida legislativa persiga un fin constitucionalmente válido; *ii)* que resulte idónea para satisfacer en alguna medida su propósito; *iii)* que no existan medidas alternativas igualmente idóneas para lograr dicho fin, pero menos lesivas para el derecho fundamental; y, *iv)* que el grado de realización del objetivo perseguido sea mayor al grado de afectación provocado al derecho fundamental por la medida impugnada<sup>52</sup>.



CORTE DE  
LA NACIÓN  
DE ACUERDO

En principio, podría aceptar que la norma persigue una **finalidad legítima**, en específico, proteger la salud y la integridad personal de la gestante, evitando que sea víctima de explotación al participar en numerosos procesos de gestación subrogada. Sin embargo, la norma 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

<sup>52</sup> Tesis: 1a. CCLXIII/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época 2013156, Primera Sala, Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II, Pág. 915, Tesis Aislada, **TEST DE PROPORCIONALIDAD. METODOLOGÍA PARA ANALIZAR MEDIDAS LEGISLATIVAS QUE INTERVENGAN CON UN DERECHO FUNDAMENTAL.**

**VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTENTE EN LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016**

procedimientos ilimitados, siempre y cuando tenga un hijo propio entre ellos.

Por estas razones, coincido con la declaratoria de invalidez de las porciones normativas "*mediando conocimiento del cónyuge o concubino*" del párrafo cuarto, además de "*y si fuera el caso, de su cónyuge o concubino*" prevista en el sexto párrafo, ambos del artículo 380 bis 3, del Código Civil para el Estado de Tabasco; asimismo, considero que se debió invalidar la porción "*y que no ha participado en más de dos ocasiones consecutivas en dicho procedimiento*", contenida en el párrafo cuarto del mismo artículo.

**VI. Voto concurrente respecto del cuarto concepto de invalidez.**

Formulo el presente voto concurrente a fin de desarrollar consideraciones adicionales a las expuestas en la sentencia, conforme a mi intervención en sesión celebrada el siete de junio de dos mil veintiuno, a pesar de haberme pronunciado en favor del reconocimiento de validez del artículo 380 bis 5 del Código Civil para el Estado de Tabasco.

**a. Consideraciones de la mayoría.**



FORMA A-53

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

**VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTENTE EN LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016**

La sentencia reconoce la validez del artículo 380 bis 5 del Código Civil para el Estado de Tabasco, conforme a las siguientes consideraciones:

En primer lugar, expone que constituye una atribución discrecional del legislador tabasqueño establecer o no, una previsión específica en relación con el aspecto económico del contrato. Es decir, la determinación de conformar sistemas altruistas o comerciales forma parte de la libertad configurativa del legislador local. Ello, sin perjuicio de que se estime que la mayor protección para todas las partes se alcanzará a través de una regulación integral que permita ambos tipos de contratos.

En segundo término, se determina que no existe inseguridad jurídica que pueda afectar el interés superior de la niñez, pues se somete el contrato a un proceso pre-aprobatorio judicial, dejándose el aspecto económico a la libre voluntad contractual de las partes.

Además, se enfatiza que todos los Estados están obligados a prohibir y crear salvaguardas para prevenir la venta de niños, lo que constituye una pauta mínima de actuación dirigida a las autoridades judiciales encargadas de supervisar la validez de un contrato de esta naturaleza.

**b. Motivos de la concurrencia.**



**VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTENTE EN LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016**

Si bien coincido con la validez del artículo 380 bis 5 declarada en la sentencia, así como con los motivos que la sustentan, suscribo este voto concurrente a fin de desarrollar algunas consideraciones adicionales, conforme a mi intervención en sesión celebrada el siete de junio de dos mil veintiuno.

En primer lugar, estimo importante señalar 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, pues no existe disposición convencional, constitucional o criterio jurisprudencial de esta Suprema Corte que obligue al legislador en un sentido u otro. Tampoco se desprende alguna obligación de esta naturaleza de las sentencias o resoluciones de los tribunales y organismos internacionales especializados en derechos humanos.

No desconozco que diversas organizaciones que se dedican a la promoción de los derechos sexuales y reproductivos y/o a los derechos de la mujer consideran que el derecho a la autonomía incluye la posibilidad de decidir libremente si desea embarazarse por las razones que ella considere relevantes, aunque éstas sean económicas<sup>53</sup>. Pero

---

<sup>53</sup> Así lo afirma, por ejemplo, i) Regina Tamés Noriega, Directora del Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE). Regina Tamés Noriega, "Gestación Subrogada en México" en el libro *Feminismos y Derecho: Un diálogo interdisciplinario en torno a los debates contemporáneos*. Coordinadoras: Ana Micaela Alterio y Alejandra Martínez Verástegui, 2020, pág. 309; ii) Center for Reproductive Rights, Submission from the Center for Reproductive Rights following the call for inputs by the Special Rapporteur on the Sale





PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTENTE EN LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

no hay una postura unánime al respecto entre personas feministas u organizaciones dedicadas a la reproducción humana<sup>54</sup>.

Ante la falta de consenso sobre si se debe prohibir o regular el contrato de gestación por sustitución, y sobre cómo se debe regular (con carácter altruista o comercial), la Relatora Especial ofrece un piso mínimo: **todos los Estados están obligados a prohibir la venta de niños y a crear**

and Sexual Exploitation of Children on Safeguards for the protection of the rights of children born from surrogacy arrangements, pág. 6. Disponible en: <https://reproductiverights.org/sites/default/files/2019-07/Submission-Sale-Of-Children-Surrogacy.pdf>; y iii) "Expression of Concern With regard to the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children's call for input on her intended report on "Safeguards for the protection of the rights of children born from surrogacy arrangements", suscrito por 32 organizaciones, académicos y expertos internacionales en la materia, disponible en: <https://reproductiverights.org/sites/default/files/2019-07/Center-Joint-Submission-Sale-of-Children-Surrogacy.pdf>, págs. 2 y 3.

<sup>54</sup> Por ejemplo, **Beatriz Gimeno, Ex Presidenta de Federación Española de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales**, argumenta que la práctica de la gestación por sustitución debe ser asimilada en sus aspectos económicos a la donación de órganos. Considera que no debe ser sometida dicha práctica a las fuerzas del mercado neoliberales que necesariamente dejan en desventaja a las mujeres más pobres. Beatriz Gimeno, "El debate sobre los vientres de alquiler y la ley presentada por el partido político Ciudadanos en España" en el libro *Feminismos y Derecho: Un diálogo interdisciplinario en torno a los debates contemporáneos*, Coordinadoras: Ana Micaela Alterio y Alejandra Martínez Verástegui, 2020, págs. 281 y ss.

La **Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (FIGO)** recomienda que los acuerdos de gestación por sustitución no sean comerciales, y considera que su arreglo debe ser realizado de preferencia por agencias sin fines de lucro. "Ethical Issues in Obstetrics and Gynecology", octubre 2012, pág. 69, disponible en: <https://www.figo.org/sites/default/files/uploads/wq-publications/ethics/English%20Ethical%20Issues%20in%20Obstetrics%20and%20Gynecology.pdf>.

La **European Society of Human Reproduction and Embryology** considera inaceptable el pago por servicios de sustitución en la gestación, considerándolo una instrumentalización del cuerpo humano y tomando en cuenta el riesgo de explotación y coerción. ESHRE Task Force on Ethics and Law 10: Surrogacy, Human Reproduction Vol.20, No.10 pp. 2705-2707, 2005, pág. 2.

VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTES EN LA  
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016

**salvaguardias para su prevención**<sup>55</sup>. Tratándose de regulaciones que admitan remuneración, debe quedar claro que sólo se paga a la gestante por sus servicios y no por el traslado del niño; en el caso de la gestación por sustitución altruista, se debe regular debidamente la política para impedir la venta de niños, por ejemplo, exigiendo que los reembolsos y pagos sean razonables y sean sometidos al examen de los tribunales y otras autoridades competentes<sup>56</sup>.

Lo anterior no obsta a que, a mi juicio, **la mayor protección para todas las personas involucradas en este tipo de contratos** – es decir, para las mujeres y personas gestantes, las y los contratantes y, sobre todo, los niños y las niñas que pudiesen nacer a partir de tales acuerdos – **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.**

No sobra señalar que las mujeres más vulnerables a ser explotadas dentro de la clandestinidad y, más aún, a ser *criminalizadas* por participar en tales acuerdos<sup>57</sup>, son precisamente aquellas con bajo nivel de escolaridad o posición socio-económica precaria.

<sup>55</sup> Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, A/HRC/37/60, quince de enero de dos mil dieciocho, párrafos 22 y 74 a 76.

<sup>56</sup> *Ibid.*

<sup>57</sup> Regina Tamés, Directora de Gire. Feminismos, página 311.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

**VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTES EN LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 16/2016**

FORMA /  
25

Por estas razones, coincido con la validez del artículo 380 bis 5 del Código Civil para el Estado de Tabasco, por razones adicionales a las que desarrolla la sentencia.

**VII. Voto particular respecto de la extensión de la declaratoria de invalidez.**

Finalmente, estimo pertinente especificar que, en congruencia con mi postura sobre la distribución de competencias en la materia, tal como lo señalé en la sesión pública de tres de junio de dos mil veintiuno, considero que también se debieron declarar inválidos, 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.



**MINISTRO PRESIDENTE**

**ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA**

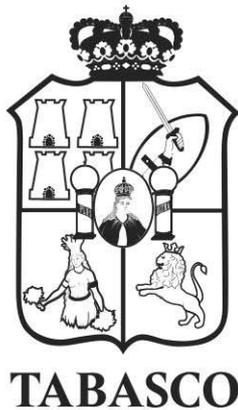
PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN









Impreso en la Dirección de Talleres Gráficos de la Secretaría de Administración e Innovación Gubernamental, bajo la Coordinación de la Secretaría de Gobierno.

Las leyes, decretos y demás disposiciones superiores son obligatorias por el hecho de ser publicadas en este periódico.

**Para cualquier aclaración acerca de los documentos publicados en el mismo, favor de dirigirse al inmueble ubicado en la calle Nicolás Bravo Esq. José N. Rovirosa # 359, 1er. piso zona Centro o a los teléfonos 131-37-32, 312-72-78 de Villahermosa, Tabasco.**

Cadena Original: |00001000000506252927|

Firma Electrónica: UGINo+E9u8MkFJ3l8d0HbxoLvBDOEjEn1nACW0DcDJY8kaKaEdpZXFNShwQY/DUXh9c6qaWLCX/M7cEa2frB6Y81Rtt+5Lr3e8Oyywo76htDDbwqDmz+CLrCHoJwjQ8YrJwEUkd8Sa340wKu2SM5eaYqGmycXGA9rqFyuoloc5hm4SjYV2NS2htdskdLrzgTpBk0LFiY0jl1KFuIXklizhFdJ0C+sWcbArQ32atjy+guE6YISPuSdX+S8x5FH0qFTS1eOQv0frlOxBQy6+t2Alv8t1jH3tFB8/5CDJECL7aMtcGo85l/rI3Abs90rU8M5FBabaNqX2Utdke7WUK7g==