



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE  
MÉXICO

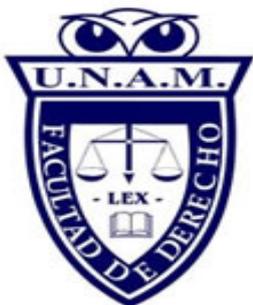
FACULTAD DE DERECHO

NECESIDAD DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SALUD  
DEL ESTADO MEXICANO Y SU LEGISLACIÓN  
RESPECTO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA POR  
INFERTILIDAD

T E S I S  
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A:  
CELESTINO MARTÍNEZ HERNÁNDEZ

LIC. JESÚS ANLEN LÓPEZ  
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE TEORÍA GENERAL  
DEL ESTADO

ASESOR: C. P. y LIC. MARIO AYLUARDO Y SAÚL



MEXICO, D. F.

CIUDAD UNIVERSITARIA, 2009



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Dedicatoria.

Dedico especialmente este trabajo a todas aquellas personas que han formado parte de mi vida y especialmente a mi madre Isabel Paula, a mi padre y a Maria Ruvalcaba Gómez.

Agradecimientos:

Quiero agradecer sinceramente a mi Madre Isabel Paula por su comprensión y su ayuda incondicionalmente, a mi hermana Rosa Maria por su apoyo, a mi hermana Maria Isabel por mostrarme la tenacidad hacia la superación, a mi hermano Joaquín por demostrar la excelencia de la superación personal, a mi hermana Maria Guadalupe por su cariño sincero.

Primordialmente quiero agradecer a todas las personas que de alguna manera contribuyeron y que a través de su gentileza compartieron sus conocimientos para la realización y conclusión de esta Tesis.

Quiero agradecer a la Universidad Nacional Autónoma de México por otorgar una educación de excelencia y de calidad.

# **NECESIDAD DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SALUD DEL ESTADO MEXICANO Y SU LEGISLACION RESPECTO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA POR INFERTILIDAD.**

## **Advertencias.**

### **I.- Introducción.**

#### 1.-Objetos.

- A.- Genéricos.
- B.- Específicos.

#### 2.-Estructuras.

- A.-Teórica.
- B.-Referencial.

#### 3.-Hipótesis.

### **II.-Conceptos Fundamentales.**

#### 1.- El Estado.

- A.- El orden jurídico estatal.

#### 2.-Elementos del Estado.

- A.- Pueblo.
- B.- Poder Público.
- C.- Territorio como ámbito espacial de validez
- D.- Derecho.

#### 3.- Fines del Estado.

#### 4.-Maternidad.

- A.- Subrogación.
- B.- Maternidad subrogada.
- C.-Problemas implícitos en la práctica de la maternidad subrogada.
- D.-Conceptos generales en torno a las nuevas técnicas de Reproducción humana.
- E.-La situación de la infertilidad en la mujer.

### **III.-La Maternidad Subrogada en el Estado y el Derecho Mexicanos**

1.-Situación de la maternidad subrogada en México.

A.-El derecho a procrear.

B.-Regulación constitucional sobre la familia, implicaciones jurídicas y su legislación en el Distrito Federal.

2.- Religión y sociedad entorno a la figura de la maternidad subrogada.

### **IV.-Necesidad de Políticas Públicas y su Legislación en materia de la maternidad subrogada.**

1.-Políticas Públicas y su implementación a través de mi propuesta de adiciones en la legislación mexicana

### **V.-Comprobación de hipótesis**

### **VI.-Fuentes Documentales**

# NECESIDAD DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SALUD DEL ESTADO MEXICANO Y SU LEGISLACIÓN RESPECTO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA POR INFERTILIDAD.

## Advertencias

Primera.- Esta tesis se inscribe en el seminario de Teoría del Estado porque el Estado es una realidad política, es algo que existe en el mundo del ser con vigencia objetiva, y uno de sus elementos es una comunidad políticamente organizada, y su misión es el bienestar general.

El Estado es una agrupación de hombres que viven de un modo estable y permanente en un territorio determinado y que están ligados entre si, mediante múltiples vínculos de solidaridad, morales, culturales, religiosos, económicos y raciales. Esos lazos se pronuncian en leyes, reglamentos y ordenaciones que dan vida social a un cauce ordenado que permite solucionar sin violencia los conflictos que se originan. Al mismo tiempo el Estado busca en común un fin superior al de cada uno de los hombres en particular, un fin que mejore a los hombres y les permita alcanzar con mayor facilidad su propio destino.

*El Estado es la forma política que cada pueblo elige. La voluntad determinante del pueblo origina, lo determinado forma Estado. El ser del Estado se proyecta en la sociología del mismo. Abarca el Estado desde el punto de vista económico, jurídico y ético, en la evolución histórica de estas manifestaciones. El Estado, como todo quehacer humano es, en muchos aspectos, producto de la experiencia. Es hacer y rehacer. Es cultura humana objetiva, despersonalizada y heredada, por recibida.<sup>1</sup>*

El Estado mexicano esta compuesto por una sociedad humana establecida en un territorio y regida por un orden jurídico; el cual es creado y aplicado por un poder

---

<sup>1</sup> ARNAIZ AMIGO Aurora, Estructura del Estado, edit. Mc Graw Hill, p. 38.

soberano. Este orden jurídico positivo, se refleja en un esquema de la vida nacional y se plasma en parte en la norma fundamental, la cual es la Constitución.

*La constitución es el conjunto de normas supremas que dirigen la estructura y las relaciones entre poderes públicos, y la situación de los individuos frente al Estado.*<sup>2</sup>

Por tanto en el Artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se establece que toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos, al mismo tiempo menciona que toda persona tiene derecho a la protección de la salud.

En este artículo se establece la decisión de procrear la cual es individual, sin embargo el Estado no puede quedarse al margen de proteger y garantizar los derechos del concebido mediante la figura de la maternidad subrogada ya que esta práctica requiere de un control en materia de salud y es necesario que el Estado establezca una normatividad en reproducción humana que contemple las condiciones idóneas para la realización de la maternidad subrogada, así como las exigencias y capacidad de las Instituciones de salud.

Segunda.- La legislación aludida en la Tesis se encuentra actualizada hasta el momento de su realización.

Tercera.- Sobre la originalidad de mi desarrollo; se presenta la relación entre el Estado mexicano y los problemas de salud; mencionando a la infertilidad, las técnicas de reproducción humana; y del mismo modo se menciona la posición de la religión católica; asimismo se exponen argumentos acerca de la maternidad subrogada para otorgar a la mujer infértil una solución a su problema.

---

<sup>2</sup> SERRA ROJAS Andrés Teoría del Estado, edit. Porrúa México p.384.

## CAPITULO I

### Introducción

#### 1.- Objetos

##### A.- Genéricos

- a. Obtener mí título de Licenciado en Derecho.
- b. El Reglamento General de Exámenes de la Universidad Nacional Autónoma de México, establece en su artículo 19 y 20 lo siguiente:

***Artículo 19.-** En el nivel de licenciatura, el título se expedirá, a petición del interesado, cuando haya acreditado en su totalidad el plan de estudios respectivo, realizado el servicio social y cumplido con alguna de las opciones de titulación propuestas en el artículo 20 de este reglamento.*

*Los consejos técnicos de facultades y escuelas y los comités académicos de las licenciaturas impartidas en campus universitarios foráneos, determinaran las opciones de titulación que adoptaran de las referidas en el artículo 20 del presente reglamento, procurando incluir el mayor número de opciones de titulación. Asimismo, definirán la normatividad para cada una de las opciones, así como los procedimientos para su aplicación en cada una de las carreras de su entidad académica. Los consejos académicos de área conocerán y opinaran sobre dicha normatividad.*

*Toda opción de titulación deberá garantizar un alto nivel académico, conforme a las disposiciones generales contenidas en este reglamento.*

***Artículo 20.-**Las opciones de titulación que pondrán ser adoptadas son las siguientes:*

*Apartado "A"*

- a) *Titulación mediante tesis o tesina y examen profesional. Comprenderá una tesis individual o grupal o una tesina individual y su replica oral, que deberá evaluarse de manera individual. La evaluación se realizara de conformidad con los artículos 21,22 y 24 de este reglamento.*

## **B.- Específicos**

a). La colectividad humana establece su organización política y su estructura a través de un orden jurídico; constituyéndose en un orden jurídico válido, en el cual se forja la norma fundamental denominada constitución y de esta manera el Estado tiene la obligación de respetar los derechos de los ciudadanos consagrados en la Constitución Política.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su Artículo 4 se menciona la igualdad entre el varón y la mujer; el desarrollo de la familia y la decisión de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. También indica que el Estado tiene la obligación de apoyar el desarrollo de la niñez y el ejercicio de sus derechos. Por lo que de este Artículo emana la Ley General de Salud reglamentando el derecho y obligación de garantizar la protección en materia de salud y bienestar en todos los aspectos de la sociedad, incluyendo la familia.

En el país existen varios problemas de salud, sin embargo en esta investigación se exponen las complicaciones en el ámbito de la reproducción humana como son: la infertilidad, las técnicas de reproducción asistida y la maternidad subrogada; ya que no existe una legislación competente que reglamente todos los aspectos y controversias que se deriven de su realización. Ante esto se tiene que considerar que los progresos médicos han rebasado las legislaciones de los Estados.

b) Para algunos autores, la maternidad subrogada y los avances científicos han provocado que la figura de la maternidad y paternidad requieran de conceptos y términos jurídicos acordes a la realidad.

*Actualmente, no resulta tan fácil establecer legalmente la paternidad o la maternidad y por ende la filiación. Como el apareamiento ya no resulta necesario para la fecundación, los preceptos que se apoyaron en el para*

*establecer la paternidad y la maternidad son inoperantes en algunos casos de inseminación artificial y trasplante de embriones.<sup>1</sup>*

En el Artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece que al Estado; le corresponde la protección de la salud reproductiva. Consecuentemente se han incluido en la Ley General de Salud conceptos como células germinales; normando con esto su utilización para fines de investigación, terapéutico o docencia. Ante esto las investigaciones en seres humanos tienen que postular el interés de la sociedad y estar reglamentadas en disposiciones normativas. Esta legislación debe contener los lineamientos de investigación en cuanto a la reproducción humana, bancos de crioconservación, así como la denominación de clínicas especializadas, equipo médico certificado y personal calificado para la realización de dicho servicio de salud.

La práctica de la maternidad subrogada origina controversias, y debido a esto en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal la diputada Leticia Quezada Contreras presentó una iniciativa con proyecto de decreto por el que se crea la Ley de maternidad subrogada en el Distrito Federal.<sup>2</sup> Esto es un intento de reconocimiento y regularizar jurídicamente esta figura, sin embargo no solo se debe considerar a la maternidad subrogada sino a todas las técnicas de reproducción asistida y las controversias que se susciten. Luego entonces el Estado tiene la responsabilidad de intervención a través de sus legisladores para plasmar, fundamentar y crear una ley que contemple la figura de la maternidad subrogada, así como a las técnicas de reproducción asistida y a los Hospitales, tanto públicos como privados que realicen dicho servicio, permitiendo la práctica solo en Hospitales autorizados por la Secretaría de Salud.

---

<sup>1</sup> VILLALOBOS OLVERA Rogelio, Reproducción asistida en humanos. AGORA Revista del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Chihuahua., año 2, num. 8, sept. 2006. p 7.

<sup>2</sup> Diario de los debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, año 3, No. 20. Nov.2008p 35

## **2.- Estructuras**

### **A.- Teórica**

- **Aristóteles, Política, introd., Carlos García Gual, tr., Patricio de Azcarate, Madrid, España-Calpe, 1997, p.325.**

El Estado es una comunidad constituida por elementos diferentes pero con relación entre si, mientras que la obra común de los ciudadanos es la prosperidad de su Estado, así la virtud del ciudadano se refiere exclusivamente al Estado.

- **ARNAIZ AMIGO Aurora, Estructura del Estado, edit. McGraw Hill, México, 2003, p 515.**

El Estado es una institución y como tal es sujeto de derechos y obligaciones. De esta manera presenta al Estado moderno con una estructura capitalista y que estar sometido al poder no es otra cosa que vincularse por un orden jurídico, siendo este orden instituido en una norma suprema que es la constitución. Este poder es la atribución de decisión, acción y mando conferida por la ley.

- **AYALA R. Aquiles, MONTOYA ROMERO José de Jesús y Colaboradores, ABC de la Infertilidad, Editorial Textos Mexicanos, 2004, p. 196.**

En la procreación humana se conjuntan varios elementos por lo que se necesita conocer su fisiología y su funcionamiento, y para poder comprender las causas que originan la infertilidad se tiene que vislumbrar cuales son estos factores, sus características, su diagnostico, el tratamiento. En este libro se reúnen persona con conocimientos en reproducción humana y cada uno aborda un tema explicando los factores de infertilidad, la técnica para el diagnostico y tratamiento.

- **BURGOA O. IGNACIO, Derecho Constitucional Mexicano,19º edición, edit. Porrúa, México, 2007, p.1094.**

Se menciona la denominación de constitución y se considera como un elemento parte del Estado.

- **CARRANZA CIRA Sebastián, Fundamentos de Endocrinología, Ginecología y Reproductiva, Editorial Masson Doyma, México, S. A. 2003, p. 304.**

Los conocimientos que se van adquiriendo del cuerpo humano se deben de complementar y así tener una visión amplia de su desarrollo y adentrarse en la composición del ser humano como son las hormonas, las glándulas que las producen y los órganos encargados de llevar a cabo la reproducción y en su caso analizar las técnicas de reproducción asistida y las consecuencias de emplear estos medios.

- **CRUZ GAYOSSO Moisés, OCHOA HOFMANN E. Alfonso. ROBLES VAZQUEZ Jorge, Teoría General del Estado. edit. IURE. 2006. p. 171.**

El Estado es el resultado de circunstancias que a través de la historia ha imperado y se coloca en un espacio temporal individualizándolo para ubicarlo en una realidad determinada. El Estado es una figura jurídica que busca ir armonizando las fuerzas sociales al utilizar una serie de elementos que contribuyen a formar su esencia, pero cabe mencionar que estos elementos no actúan en la misma proporción ni tienen la misma esencia, es así como podemos encontrar elementos tales como el hombre, el territorio, normas jurídicas, fines políticos, el poder; mismos que actúan incesantemente para mantener la existencia del Estado.

- **DE LA CUEVA Mario, La idea del Estado, UNAM, 1996, p. 414.**

El Profesor Mario De la Cueva es una persona que ha destacado en cuanto al estudio del Estado. Considera la idea del Estado desde el mundo antiguo, pasando por la Edad Media y concluyendo con el Estado contemporáneo. Además se exponen doctrinas que han trascendido en la historia, la evolución histórica, los hechos y doctrinas de los principales investigadores, destacando en su pensamiento su aportación y su problemática histórica de cada uno de ellos. Al final comenta su pensamiento social mencionando que el Estado es una maquina compuesta por quien detenta el poder y riquezas, y dice que el Estado del mundo occidental de nuestros días al del pasado, tiene la finalidad económica de la protección de la propiedad privada.

- **DE LA CUEVA Mario. Teoría General del estado, apuntes mecanografiados, Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, 1965, p.190.**

El maestro Mario de la Cueva en su cátedra expone la posibilidad, de que la Teoría General del Estado, sea aplicable en las diferentes épocas de la historia, o si esta se emplea en cada periodo de la historia. Concibe la idea del derecho como una forma de convivencia siendo una fuerza al servicio de la vida, avocándose a ser un instrumento de la comunidad y adopta el afán de que la justicia social sea una realidad. Muestra al Estado como un fenómeno social. Asimismo explica las doctrinas francesas y alemanas, estando convencido de que mientras exista el Estado, este debe intervenir en la vida económica en representación de los intereses de la comunidad.

- **DE LA MATA PIZANA Felipe, GARZON JIMENEZ Roberto, Derecho Familiar y sus reformas más recientes en México, Porrúa, 2004, p.459.**

Las relaciones de familia requieren de una normatividad actual salvaguardando los aspectos e intereses de esta, siendo esta relación compleja, por lo tanto es necesario preservar la institución de la familia, ya que el derecho familiar ha sufrido cambios y aun así la familia es el núcleo de la sociedad en donde se transmiten y aprenden valores. Esta transformación requiere examinar y trazar los principios constituyentes de esta institución acorde con la realidad pero sin perder la esencia de la institución familiar y sin afectar a terceras personas.

- **GARZA GARZA Raúl, Bioética la toma de decisiones en situaciones difíciles, Editorial Trillas, 2003, p.213.**

Ante el cuestionamiento que se hace en torno a las investigaciones genéticas, a la reproducción humana y los medios para llegar a esta. Se crea el concepto de bioética que significa el estudio sistemático de la conducta humana, respecto al campo de la salud y la vida, con base en valores y principios que establece la sociedad. Por lo tanto la bioética trata de preservar la vida y la dignidad de las personas y la protección de la sociedad, trata de iniciar una investigación interdisciplinaria que sirva de puente entre la ética y las ciencias biomédicas y es necesario apoyar una justificación racional fundamentada en valores y virtudes,

tratando de humanizar la profesión médica y establecer los parámetros y las escalas de valores que representan nuestra forma de proceder entre el médico y el paciente.

- **HAURIOU André, Derecho constitucional e instituciones políticas, Ariel Barcelona, España, 1980, p.1100.**

La política es la actividad que tiene por objeto reglar y coordinar la vida de una sociedad, por medio de una función de orden y defensa que mantiene la cohesión y superación del grupo, es además la actividad social que tiene por objeto investigar los medios de que se vale el Estado para alcanzar sus fines y las instituciones políticas son establecidas por los hombres en el campo de la vida política y comprende las reglas de derecho constitucional.

- **HURTADO OLIVER Xavier, El derecho a la vida,¿ y a la muerte?, Procreación Humana, Fecundación in Vitro, Clonación, eutanasia y suicidio asistido, problemas éticos, legales y religiosos, Porrúa, 1999, p.103.**

La inquietud de las técnicas de reproducción asistida, la clonación y la eutanasia, son cuestiones jurídicas sin definir. Además se expone brevemente técnicas de reproducción y sus problemas legales resultantes de la inseminación heteróloga y homóloga. La variedad que ofrece las técnicas de reproducción humana, así como la clonación, dan como resultado que en las legislaciones improvisen soluciones para crear nuevas figuras e instituciones jurídicas, por lo que no hay una legislación apropiada ni normas específicas que regulen los variados aspectos jurídicos que se abarcan en la práctica.

- **ITALO TOZZINI Roberto y Colab. Esterilidad e infertilidad humanas, Edit. Media Panamericana Buenos Aires, Argentina, 1989, p.475.**

En la actualidad se necesita de un conocimiento integral para comprender en su conjunto el contenido que se está analizando, por lo que se necesita entender cómo funciona el cuerpo humano en su aspecto de la reproducción en especial de la edad reproductiva de la mujer y su desarrollo. De esta manera la fisiología de la reproducción humana comprende la fisiología y fisiopatología del aparato reproductor masculino y femenino, así como sus elementos que la integran y se

mencionan temas como los métodos de diagnóstico y su tratamiento, así como las técnicas de reproducción asistida, y aspectos psicológicos de la esterilidad.

- **KELSEN Hans, Teoría general del derecho y del Estado, UNAM, 2008, p.478.**

Presenta una forma más clara la conformación del derecho positivo de manera entendible; establece el Derecho como un orden jurídico. Mientras que el Estado es la comunidad creada por un orden jurídico nacional, al mismo tiempo de que el poder político es la eficacia de un orden coactivo que se reconoce como Derecho, y expone los elementos del Estado como propiedades del orden jurídico y que el concepto de separación de poderes designa un principio de organización política.

- **KELSEN Hans, Teoría general del Estado, UNAM, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencia y Humanidades, 2004, p. 544.**

Hans Kelsen eleva al Estado como categoría absoluta en el ámbito jurídico y se olvida del aspecto sociológico, un fenómeno de carácter colectivo en donde los seres humanos mediante su voluntad integran la comunidad política y para Kelsen el Estado se expresa en la norma esencial y que es el resultado de la voluntad manifestándose en el poder dominante, sin embargo el individuo tiene derechos los cuales puede hacer valer frente al Estado.

- **KURCZIN VILLALOBOS Patricia, Derechos de las mujeres trabajadoras, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2000, p. 105.**

Las mujeres en las normas de seguridad social, se contemplan derechos relativos a su entorno y condición de trabajadoras, abarcando la salud, educación, la protección de la maternidad, considerando en todo momento su dignidad y desarrollo como mujer. Asimismo acerca de la seguridad social se debe exigir que las condiciones de trabajo sean iguales entre hombres y mujeres, ya que en la realidad social no se plasma realmente estos derechos. En relación a las condiciones de maternidad y de su derecho a procrear deben tener respeto y no ser motivo de discriminación, por lo que están considerados sus derechos en la legislación Laboral y en la ley General de Salud.

- **LEMA AÑÓN Carlos, Reproducción, poder y derecho, edit., Trota Madrid, 1999, p.139.**

Se establece una relación respecto de las controversias que se suscitan entre las técnicas de reproducción asistida, la maternidad de sustitución y el ordenamiento jurídico así como los derechos que tiene el individuo para ejercer sus derechos. Además se presentan problemas en relación con su licitud y cuales son los intereses que el derecho habrá de proteger en el caso de que la practica se realice.

- **LOPEZ FAUGIER Irene, La prueba científica de la filiación, edit. Porrúa. México, 2005, p.295.**

La cuestión de los problemas de filiación surge cuando se presentan asuntos de derecho probatorio, y determinar los vínculos filiales controvertidos, ya que en el Código Civil para el Distrito Federal no se establece expresamente la forma de determinar la filiación para el caso de las técnicas de reproducción asistida y esa determinación se deduce indirectamente de los preceptos relativos de los métodos para concebir descendencia durante el matrimonio y el concubinato y para el caso de la maternidad subrogada su realización es ilícita y se pierde el vinculo entre madre e hijo por lo tanto la practica es inaceptable.

- **MARTINEZ ALFARO Joaquín, Teoría de las Obligaciones, Porrúa. México, 1999, p.260.**

La teoría general de las Obligaciones se divide para su estudio en fuentes de las obligaciones y efectos que genera su incumplimiento su transmisión y las modalidades que se sujetan. Así tenemos que en los derechos personales se presenta la figura de la subrogación se mencionan sus modalidades y características.

- **PEREZ PEÑA Efraín, Atención integral de la infertilidad, endocrinología, cirugía y reproducción asistida, Mac Graw-Hill. México, 2003, p.596.**

El estudio de la infertilidad tiene que ser de manera integral, y por un medico especialista en biología de la reproducción, el cual tiene la obligación de informar, educar, motivar y difundir conocimientos que ayuden a las parejas para poder tener un hijo. Por integral se refiere a un enfoque eficiente, científico, humano, sin

descuidar los aspectos emocionales de la pareja. Considerando los factores de: infertilidad de la pareja, su diagnóstico, las técnicas de reproducción asistida, ayuda psicológica.

- **PEREZ PEÑA Efraín, Infertilidad, Esterilidad y Endocrinología de la Reproducción un enfoque integral, edit., Salvat. México, p.690.**

La pareja debe recibir información a su alcance de los factores que intervienen en la fertilidad normal para poder entender las alteraciones y los métodos terapéuticos; asimismo se necesitan conocimientos de la fisiología de la reproducción, por lo que el autor considera que para el tratamiento de la pareja estéril o infértil se requiere un enfoque integral y conocimientos de ginecología, andrología, biología y endocrinología de la reproducción, medicina interna, urología, psicología y técnicas de diagnóstico y quirúrgicas sofisticadas. Para comprender la situación de la pareja es necesario realizar un estudio diagnóstico, estudios de laboratorio y así descubrir su etiología de su problema, establecer un pronóstico y ofrecer la terapéutica más apropiada.

- **PORRUA PEREZ Francisco, Teoría del Estado, Teoría política, Ed. vigésima octava edit. Porrúa, p 223.**

El autor menciona que la realidad estatal es un hecho social que crea, formula, circunscribe y da vida al Derecho y que sin embargo no forma parte del derecho positivo mismo, a lo cual pretende que el desarrollo del Estado solo es posible si se hace referencia a los hechos e ideas más trascendentales de la política, y define al Estado como una sociedad humana asentada en el territorio que le corresponde en lo cual existe un poder soberano que crea, define y aplica un orden jurídico para obtener el bien público temporal.

- **REMOHI J., ROMERO J. L., PELLICER A., SIMON C., NAVARRO J., Manual Práctico de Esterilidad y Reproducción Humana, Madrid, España; McGraw-Hill Interamericana, 2000, p. 326.**

El manual explica de una forma práctica la situación de la pareja estéril y con ello comprender las técnicas de reproducción asistida, de laboratorio, su diagnóstico y posible tratamiento, además de exponer brevemente las definiciones de algunos conceptos médicos y una breve explicación de los procedimientos.

- **SERRRA ROJAS Andrés, Teoría del estado, edit., Porrúa, 1998, 849 p.**

El fenómeno de la política, es una actividad humana, reflejada en la vida social, y constituye la vida política. Es una actividad creadora que fortifica al Estado, sin embargo no es perfecto, y es ahí donde debe superar las carencias que la sociedad le reclama, ya que toda actividad que hace el Estado lleva implícito lo político. Ante esto surge la ciencia política encargada de estudiar el fenómeno político y de instituciones como el Estado y demás sociedades políticas, dando una relación de la política con otras ciencias. Todo esto se relaciona porque con la teoría del Estado, se propone investigar la realidad del Estado, es decir la vida estatal que nos rodea y así comprenderlo en su estructura y función actual.

- **SESMA BRENA Ingrid Lilian, EL Derecho y La salud, Instituto de Investigaciones Jurídicas, series estudios jurídicos, num. 57, UNAM, 2004, p. 157.**

La inquietud de los cambios que genera la ciencia ha provocado que se proponga una reforma a la legislación existente, incluyendo el derecho a la reproducción humana. Durante la obra se analiza la inseminación artificial, diagnóstico genético, trasplante de órganos, donación, los sujetos que intervienen, y la situación en materia legal, religiosa, científica, además de los conflictos precedidos de la utilización de dichas técnicas, ante esto se debe considerar los derechos y libertades de los individuos, así como el interés de la sociedad. Los procedimientos antes descritos se analizan en la legislación de Salud, el Código Civil federal, el Código Civil y Código penal para el Distrito Federal. En la actualidad se necesita compenetrar el derecho y la salud, para tener una legislación acorde con la realidad ya que los avances médicos no solo repercuten en el campo de Salud sino que también llega afectar en materia familiar y penal.

- **VAZQUEZ BENITEZ Efraín, Medicina Reproductiva, edit., Manual Moderno, México, 2006, p. 684.**

El desarrollo de la medicina reproductiva evoluciona y como consecuencia de esto lo médicos se deben actualizar sobre estos temas. Por lo tanto los Doctores Jorge Kunhardt Rosch y Efraín Vázquez Benítez quienes son los coordinadores de la publicación de este libro; mencionan que su objetivo es impulsar la educación e

investigación en la disciplina de la reproducción siendo este trabajo elaborado por expertos en esta materia, por lo que dividen la obra en dos apartados, primero los problemas dependientes de la reproducción natural y segundo los problemas relacionados con la ausencia de la gestación y los derivados de los métodos y procedimientos empleados para lograrla y para ello reúnen a especialistas en materia de reproducción humana, cada uno desarrolla un tema, exponiendo la realidad de la reproducción en México.

- **ZIPPELIUS Reinhold, Teoría General del Estado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie g estudios doctrinales, num. 82, UNAM, 1985, p. 453.**

En la historia han trascendido los escritores políticos, en relación a la idea del Estado y su visión valorativa de la realidad política. De acuerdo a su perspectiva surgen planteamientos y métodos para la interpretación del Estado. El autor maneja una teoría empírica y un sistema social, en la relación interpersonal de la comunidad para la elaboración de la idea del Estado ya que las normas organizan a los individuos en una comunidad jurídica, y a su vez la unidad del Estado es creada a través del orden jurídico estatal cuya personalidad jurídica es la imputación del Estado, es decir que está autorizado y obligado a realizar actos determinados que produzcan efectos jurídicos, a través de sus órganos y titulares, y estos órganos tendrán diferentes facultades estatales.

### **Revistas**

- **CANETTI Elías, Epigenética; una explicación de las enfermedades hereditarias Revista de Perinatología, Vol. 17 No. 2; p. 1, Abril-Junio 2003.**

Se menciona que han nacido un millón y medio mediante las técnicas de reproducción asistida, sin embargo hay una creciente preocupación sobre los avances científicos y su aplicación y mejora para la condición humana.

- **CASTEÑEDA JIMÉNEZ Elena, BUSTOS LOPEZ Héctor, La ruta del padecer de mujeres con diagnóstico de infertilidad, Revista de Perinatología Reproducción Humana, Vol. 15, num. 2; Abril-Junio 2001, p.125.**

Para realizar una investigación acerca de la problemática de la infertilidad es necesario el enfoque sociocultural y no solo biomédico.

- **HAMUI SUTTON Alicia, Ética y biotecnología: más allá de los tratamientos médicos, Medigraphic Artemisa, Rev., Fac. Med. UNAM Vol. 50. No 2 Marzo-Abril, 2007, p.86.8.**

Los avances científicos y tecnológicos permiten que el conocimiento se propague, a pesar de ello, se han modificado algunos principios básicos de otras disciplinas como la filosofía, el Derecho, la sociología.

- **LUIGI, Ferrajoli, La cuestión del embrión entre derecho y moral, Revista Jueces para la democracia, Información y debate, Madrid, 15 de julio de 2002, núm.44, p.3-12.**

Se deben excluir jurídicamente las intervenciones terapéuticas o eugenésicas sobre el embrión ya que ninguna persona puede ser tratada como cosa.

- **VERA RAMÍREZ Eduardo, El contrato de la Maternidad Subrogada: argumento a favor y en contra de concederle eficacia, Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, Numero 63. p 515, 1997.**

En esta revista se presenta la figura de la maternidad subrogada, desde su concepto hasta el procedimiento, asimismo posturas a favor y en contra de su realización.

- **VILLALOBOS OLVERA Rogelio, Reproducción Asistida en Humanos, AGORA, Revista del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Chihuahua, año 2, numero 8. 2006, p 12.**

Quien decide acudir a las Técnicas de Reproducción asistida constituye el ejercicio de la facultad de autodeterminarse, pero tiene como límite los derechos de los demás y el interés colectivo.

- **Algunas reflexiones jurídicas constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las nuevas técnicas de la reproducción asistida”, Revista de Derecho Político Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1998, núm. 26, p. 113. Sin datos del autor.**

El derecho a la reproducción es una expresión de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad, derecho que no puede restringido arbitrariamente pero contemplando los derechos de los demás.

- **Congregación para la Doctrina de la Fe, Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la Dignidad de la procreación. Respuesta a algunas cuestiones de actualidad, México, Librería parroquial, 1987, p. 100.**

Se establece la postura de la religión católica respecto de la vida humana y la procreación menciona su opinión respecto de la maternidad subrogada.

### **Diccionarios**

- **OCTAVIO UÑA Juárez, HERNANDEZ SANCHEZ Alfredo, Diccionario de Sociología, edit., Esic, Madrid 2004.**

Se menciona la definición de maternidad.

- **Diccionario de la Real Lengua Española, Vigésima Primera Edición, Edit. Real Academia Española. Madrid, España, Tomo I, 2001.**

Se presenta el significado de poder y de maternidad.

### **Legislación**

- **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.**

Se analizan el Artículo 4 respecto de la libre determinación de decidir responsablemente e informada sobre el número y esparcimiento de sus hijos, también se mencionan los Artículos 34, 35, 36 respecto de la ciudadanía, asimismo el artículo 30 de la nacionalidad, 39 de la soberanía y el Artículo 27 y Artículo 42 del territorio nacional.

- **Ley General de Salud.**

Se considera a la maternidad como una situación reproductiva de gestación y embarazo y en su Artículo 61 se menciona el apoyo y fomento de la investigación anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana y en su Artículo 100 se establece las bases para la investigación en seres humanos.

- **Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.**

En el Artículo 40 se mencionan la fertilización asistida y en el Artículo 14 y 114 se establece los lineamientos para realizar las investigaciones en seres humanos y además dice quienes pueden realizar dicho servicio y son los profesionales de la salud.

- **Código Civil para el Distrito Federal**

En los Artículos 162, se mencionan los aspectos relacionados con las técnicas de reproducción asistida; y en el Artículos 293, 324 326,327.338 y 360 se relaciona con la paternidad, parentesco, filiación.

- **Código Civil para el Estado de Tabasco**

Para el Estado de Tabasco se establecen Artículos relacionados con las Técnicas de Reproducción Asistida, la maternidad subrogada, así como a la madre gestante sustituta; también lo relativo a la paternidad, filiación, sucesiones y son los siguientes:., Artículos: 31, 92, 165, 272 fracción XVIII, 324, 327,329, 330, 340, 347, y 360. Artículo31 se menciona la capacidad de goce se adiciona la protección al concebido aun cuando esta en el útero materno, Artículo 92.-deber de reconocer al hijo, además de que se entiende por maternidad gestante sustituta y madre subrogada, Artículo 165.-posibilidad de utilizar cualquier técnica de reproducción asistida, Artículo 272 fracción XVIII. Causal de divorcio si no hay consentimiento del marido, Artículo 324.- Quienes se presumen hijos de los cónyuges, Artículo 327.- Cuando no podrán desconocerse a los hijos, Artículo 329.- Imposibilidad de desconocimiento, Artículo 330.- Contradicción de paternidad, Artículo 347.- Respecto del padre, Artículo 360.- situación de la maternidad subrogada.

## **Direcciones electrónicas**

- [www. INEGI.com](http://www.INEGI.com)
- [www.freep.com](http://www.freep.com)
- [www. imss.gob.mx](http://www.imss.gob.mx)
- [www.tsj.gob.mx](http://www.tsj.gob.mx)
- [www.uam.com](http://www.uam.com)
- [www.gire.com](http://www.gire.com)
- [www.juridcas.unam.](http://www.juridcas.unam)
- [www.ecosur.](http://www.ecosur)
- [www.informe warncock.](http://www.informe-warncock)

## **B.- Referencial**

Mi nombre es Celestino Martínez Hernández, nací en la Ciudad de México, Distrito Federal, el día 4 de septiembre de 1974, soy egresado de la Facultad de Derecho, de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Realice estudios a nivel licenciatura de la carrera de Médico Veterinario Zootecnista en la Facultad de Estudios Superiores Cuautitlán que pertenece a la Universidad Nacional Autónoma de México cursando hasta el quinto semestre y de la cual me siento agradecido por los conocimientos y experiencia adquiridos.

Me considero una persona introvertida, y dedicada a lograr objetivos propuestos, además me gusta realizar actividades que involucren conocimientos adquiridos entre las dos carreras, mediante la dedicación y la perseverancia en lograrlo, soy reservado y paciente con los que me rodean.

### **3.- Hipótesis**

a. La sociedad compuesta por seres humanos se ha encaminado en crear instituciones de acuerdo a normas, leyes y un orden jurídico que regule su conducta con valores acordes a los tiempos que permitan desenvolverse al interior de su medio social. Ante la inevitable circunstancia de la realidad, no se puede concebir la teoría del Estado sin que en sus conceptos jurídicos no incluya, el aspecto social, por lo tanto a través del derecho se establece el medio para reglamentar la conducta de los seres humanos que se encaminan a anhelar el respeto de sus derechos inherentes.

b. La norma fundamental del Estado mexicano en su Artículo 4 contempla la libre determinación de decidir responsablemente e informada sobre el número y esparcimiento de sus hijos, luego entonces se debe considerar que la norma tiene vigencia si los seres humanos dan eficacia a aquellas normas mediante su cumplimiento vital. Por lo tanto la pareja infértil tiene la posibilidad de procrear a través de la reproducción asistida o bien de recurrir a la maternidad subrogada y por tal motivo se permite la libre determinación sin que el Estado intervenga.

c. El objeto de esta investigación, es otorgar a la maternidad subrogada y en especial a las mujeres infértiles la protección jurídica, reconociéndoles su derecho sin que se afecten a terceros, y evitando practicas ilegales que encaminan a un detrimento de la sociedad, de la mujer y de sus descendientes.

d. La sociedad ha evolucionado de tal forma que urge la modernización de las instituciones políticas y legales, con el propósito de atender satisfactoriamente las demandas y necesidades de la sociedad actual, asimismo el Estado mexicano no tiene una infraestructura que contemple los problemas de salud en materia de reproducción humana por lo tanto debe establecer instituciones de salud que no dispongan un riesgo a la salud de las parejas que están en la situación de infertilidad, además de no vulnerar los derechos y libertades de los individuos.

## **CAPITULO II**

### **Conceptos Fundamentales**

En el primer capítulo se presenta el origen, concepto y relación del individuo con el Estado, así como sus elementos y finalidades; más adelante se hace mención a la maternidad, la subrogación, y a la maternidad subrogada. La cual está profundamente afectada por posturas jurídicas, ideológicas y religiosas. Mediante este procedimiento no solo interviene una técnica reproductiva, sino también la voluntad de una mujer, para la gestación del embrión. Asimismo se presenta la problemática de la infertilidad, exponiendo la situación en el Estado mexicano, así como las condiciones que debe cumplir una pareja para la realización de la maternidad subrogada; y se exponer brevemente las diferentes técnicas de reproducción asistida.

#### **1.- El Estado**

Con el fenómeno de la globalización el Estado actual se está reformando, con notorias tendencias en materias sociales, económicas y políticas. Esta transformación no altera los elementos constitutivos del Estado, pero sí repercute en su finalidad. No obstante las organizaciones se van unificando en una ideología política en la medida que el entorno social es más complejo y surgen problemas de correlación entre el Estado y la sociedad.

La primera organización es la familia; y se denomina como: la unión de seres humanos vinculados. Sin embargo en esta relación de los miembros de la familia no se cubren las necesidades completamente de cada individuo y se tiene la exigencia de encontrarlos en la sociedad y a partir de ello procura satisfacer su desarrollo.

A través de la historia la sociedad se ha conformado de transformaciones y este grupo tiene la característica de estructurar un orden como modelo, que contribuya a su relación mutua y de vida en común; pero siempre en cada organización está permanente un dominio. Este dominio lo ejerce el más fuerte, el sabio, un orden

divino o grupos selectos, y se apoyan en el poder para ejercer la fuerza y crear normas o reglas de convivencia para su beneficio o detrimento del grupo.

En la concepción del Estado y su desarrollo existe una relación con el derecho; ya que ningún poder político puede mantenerse por mucho tiempo mediante el empleo de la fuerza, ya que se va a legitimar el poder del Estado a través del Derecho. Este orden jurídico, esta instituido por el Estado con el objeto de cumplir el bien común para la sociedad; y regula el funcionamiento de las instituciones.

En el mundo antiguo no se instauraba la palabra Estado para denominar su estructura política sin embargo se utilizaba la denominación de “*polis*” para los griegos, “*civitas* o *res publica*” de los romanos.

Aristóteles menciona en su libro la Política a “*la polis*”, y la denominaba como una comunidad, la cual es “*cierta multitud de ciudadanos*”.<sup>1</sup>

*Los griegos vieron en sus ciudades una comunidad de ciudadanos; de esta agrupación se dan la unión de el varón y mujer por la necesidad de que no pueden existir uno sin el otro creando una familia siendo esta y la aldea por naturaleza los dos primeros estadio de la vida humana, pero no constituyen la cúspide de las comunidades de los hombres; “la comunidad ultima de muchas aldeas es la ciudad (las polis).”<sup>2</sup>*

La aportación más primordial de la cultura romana fue que gracias a ella se empezó a ordenar la vida de las gentes, sus riquezas y el funcionamiento administrativo.

*En roma se origina un ilustre orador de nombre Cicerón quien titula, uno de sus diálogos “Republica”, de res publica, cosa publica y he aquí la*

---

<sup>1</sup> ARISTOTELES. Política. tr. Patricio de Azcarate, Madrid, España-Calpe, 1997,

<sup>2</sup> DE LA CUEVA Mario. La idea del Estado. UNAM. 1996, p. 19-20.

*definición:” Republica es cosa del pueblo; pueblo no es toda reunión de hombres congregados de cualquier manera, sino sociedad formada bajo la garantía de las leyes y con objeto de utilidad común”.Republica, ciudad, pueblo son los términos que utilizo roma para designar a su organización política.*<sup>3</sup>

En estas culturas, aún no se considera a un ente por encima, y que en su conjunto contemple la denominación de Estado; solo se tiene una agrupación humana dividida en clases, describiendo sus formas de gobierno y organización. A finales de la Edad Media en el siglo XV surge en Italia la obra, el príncipe cuyo autor es Maquiavelo, donde introduce la palabra Estado, aunque menciona esta, no se avoca al estudio del Estado, sino a la forma de gobernar.

*En la época del Renacimiento surgieron los términos stato, estado, status, etat y Saat para designar asociaciones de dominación, territorios de dominación y poder de dominación, y que tuvieron un creciente ingreso en la literatura científica y el lenguaje diplomático hasta que, a partir del siglo XIX, el término”Estado” se asocia universalmente a la corporación de dominación dotada de un poder supremo.*<sup>4</sup>

En la Edad Media, el poder supremo le corresponde al monarca, y su gobierno es una monarquía; esta forma de gobernar representaba la soberanía en una persona; el rey, quien tenía el ejercicio del poder político, administraba justicia, requería impuestos; su voluntad era ley y en cuya persona se concentraba todos los poderes. De ahí que surgen los estamentos en contra del rey y estos se definen como: *“capas sociales mas o menos cerradas, que constituían fuerzas sociales vivas y actuantes.”*<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> DE LA CUEVA Mario. Teoría General del Estado. apuntes mecanografiados. Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, 1965, p.3-4.

<sup>4</sup> ZIPPELIUS Reinhold. Teoría General del Estado, Instituto de Investigaciones Jurídicas.UNAM, 1985, p 61.

<sup>5</sup> DE LA CUEVA Mario. La idea del Estado. UNAM, 1996. p 35-36.

De esta manera se originan conflictos políticos entre los poderes de la iglesia, el rey y el feudo. Tal situación origino que provincias unidas, ante intereses comunes cobraran conciencia de una unidad nacional, formando comunidades nacionales asentadas sobre porciones específicas del territorio europeo y así comienza la idea de que el Estado nace como una necesidad de organización para defenderse, siendo la política asunto del pueblo.

Una característica del Estado moderno es que surge de una nación compuesta de diferentes clases, estamentos y grupos pero con una conciencia de su identidad y su unidad moral. Al mismo tiempo en el transcurso de la historia aparecen movimientos sociales como la revolución francesa y las invasiones napoleónicas, que dieron origen a un nacionalismo, también a un individualismo de los cuerpos sociales nacionales, que defienden y afirman cada uno su personalidad cultural e histórica.

En la Revolución francesa se origina un nuevo entorno político y la sociedad experimenta transformaciones económicas y sociales; asimismo se instituyen las libertades individuales, la igualdad legal y el derecho de propiedad, limitando así las prerrogativas reales que permiten el libre contrapeso de fuerzas sociales y económicas para el mantenimiento de un orden jurídico y una garantía efectiva para los derechos del individuo.

Para entender al Estado, es necesario conocer su naturaleza, la cual comprende diversas Teorías que lo conciben de distintas maneras, y que Andrés Serra Rojas las analiza como las más importantes:

- a) Contractualistas
- b) La teoría de Hegel (concepción realista)
- c) Las teorías sociológicas del Estado( concepción idealista)
- d) La teoría de la institución
- e) Las teorías dualistas
- f) Las teorías jurídicas

#### a) Contractualistas

Su fundamento son las Doctrinas del contrato social, y Thomas Hobbes es uno de estos autores que hacen un análisis acerca de la naturaleza humana. El hombre, dice, esta en guerra, y tiene la proclividad de dominar por la fuerza a sus semejantes, de sujetarlos a sus exigencias.

John Locke decía que la vida, la libertad y la propiedad son derechos humanos naturales que tienen alcance hasta donde el derecho natural lo permite; y siempre están en riesgo de ser quebrantados en dicho estado de naturaleza, pues aún no existe ningún poder que los haga respetar coactivamente. Por ello, los hombres decidieron formar la comunidad política mediante una especie de pacto social, creando a la autoridad y se le encomienda de imponer la observancia de tales derechos.

Juan Jacobo Rousseau quien es autor de El contrato social, difiere de Hobbes y Locke respecto del estado de naturaleza, y menciona que la sociedad civil, la comunidad política, nace de un pacto entre los hombres, esta idea no implica que históricamente haya existido ese pacto o contrato, sino que se expresa en una hipótesis racional. El hombre, dice, vivía en un principio en un estado de naturaleza, sin que en él su actividad estuviese limitada, pues gozaba sin restricción de su libertad natural, pero llega el momento en que los hombres no pueden mantenerse en esa situación de igualdad natural, y se suscitan diferencias de dominación unos sobre otros, quebrantándose así la armonía en sus relaciones, por lo tanto surge la necesidad de concertar un pacto de convivencia o contrato social para crear la sociedad política, dentro de la que a cada uno, se garantizan sus derechos, libertades y la voluntad general.

*“La voluntad general es la expresión de la suma mayoritaria de voluntades en la decisión de los actos políticos en la que requiere su manifestación.”<sup>6</sup>*

---

<sup>6</sup> SERRA ROJAS Andrés, Teoría del Estado. edit. Porrúa.1998. p 176.

#### b) Teoría de Hegel

Para Hegel *“el Estado es un ente con realidad, con existencia propia, es una individualidad real, tiene un ser que es distinto de la sociedad, por ello el Estado gobierna la sociedad, envuelve a la sociedad y por ello tiene el Estado una finalidad propia; la doctrina de Hegel es el fundamento de la concepción totalitaria del estado”*.<sup>7</sup>

#### c) Teoría sociológica

Conciben al Estado al declarar que es un fenómeno social, que se analiza en conjunto con la complejidad social, asimismo el Estado es producto de la comunidad que tiene una unidad colectiva de asociación, y tiene una relación con el derecho, siendo un hecho social real, que tiende a reconocer y a plasmar en sus normas jurídicas las conductas observadas en el grupo social, aunque en gran parte la norma o esquema jurídico puede rebasar los condicionamientos sociales.

*Estas teorías designan como Estado “el conjunto de todos aquellos fenómenos sociales, identificándolo con el de sociedad en el sentido de una totalidad orgánica y en consciente contraposición a cualquiera de sus manifestaciones parciales”*.<sup>8</sup>

#### d) La teoría de la institución

André Hauriou, concibe la idea de que el Estado es una institución creada para la realización de un fin común, y con una organización jurídicamente establecida que limita al poder. Para André Hauriou el Estado es: *“el régimen que adopta una nación mediante una centralización jurídica y política que se realiza por la acción de un poder político y de la idea de la república como conjunto de medios que se pone en común para realizar el bien común”*.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> DE LA CUEVA Mario Teoría General del Estado. Apuntes mecanografiados. Instituto de investigaciones jurídicas UNAM. 1965, p 43.

<sup>8</sup> SERRA ROJAS Andrés, Teoría del Estado. edit. Porrúa.1998. p. 181.

<sup>9</sup> Ídem, p.181.

e) Las teorías dualistas

George Jellinek es autor de esta Teoría; y primero examina al Estado de una manera sociológica a través de los hechos reales en que se manifiesta su vida específica en sus relaciones internas, *“como una unidad de asociación dotada originalmente del poder de dominación y formada por hombres asentados en un territorio”*<sup>10</sup>.

En segundo lugar analiza al Estado de manera jurídica, como un objeto y sujeto del Derecho. Afirma Jellinek que es un sujeto de derecho dotado de personalidad, es decir, dentro de la idea de una corporación. En cuanto a los fines del Estado, se hace consistir en la promoción de la evolución progresiva de la totalidad del pueblo y de sus miembros.

f) Las teorías jurídicas

Kelsen considera al Estado como el orden jurídico, como la unidad de tal orden y se inclina al deber ser jurídico, un orden jurídico positivo y que la comunidad esta subordinada a dicho poder del Estado, mediante una coacción.

La doctora Arnaiz dice que *“la personalidad del Estado no hay que buscarla en la pretendida existencia o no de la voluntad propia, porque esta no existe. El Estado es una institución y como tal es sujeto de derechos y obligaciones.”*<sup>11</sup>

El Estado ha significado siempre un poder supremo de una comunidad, que decide las normas que han de regular su vida, sus intereses primordiales y la solución a sus problemas más urgentes. Así que cualquiera que sea su origen o composición es un poder aceptado y superior sobre la sociedad.

Las teorías expuestas consideran al Estado como una realidad social, una realidad política, y es algo que existe en el mundo del ser con vigencia objetiva, en el cual se encuentran todos los individuos, todos los grupos y su meta es el

---

<sup>10</sup> Ibídem, p. 183

<sup>11</sup> ARNAIZ AMIGO Aurora, Estructura del Estado. Edit. McGraw Hill, 2003. p. 57.

bienestar general conformada por una sociedad humana asentada en un territorio determinado, con una estructura regulada por un orden jurídico y un poder soberano que pretende alcanzar el bien común público.

*Jellinek dice que el Estado moderno se presentaba a los ojos de los hombres como un ente extraordinariamente pobre y débil que tenía estas funciones: “Defender a la comunidades los ataques del exterior, asegurar la paz en el interior, administrar justicia y frente a este Estado, un máximo de libertad para los hombres”. Y sin embargo- agrega Jellinek-, nunca ha existido en la historia un Estado mas poderoso y fuerte que el Estado individualista moderno, porque el mas fuerte es el suficientemente capaz de conceder a los demás un máximo de libertad.<sup>12</sup>*

Para Jellinek el Estado es *“la agrupación política sedentaria con un poder de mando originario”*.<sup>13</sup> Si desglosamos y analizamos la definición encontramos tres elementos básicos del Estado, los cuales son: Territorio, pueblo y poder publico y con base a estos elementos al Estado se le concibe como la comunidad que esta asentada en un territorio y con un poder soberano único; siendo este poder productor del Derecho y que va a regir a la comunidad.

*André Hauriou analiza al Estado desde un lado sociológico y nos dice que: un Estado es una agrupación humana, fijada en un territorio determinado y en la que existe un orden social, político y jurídico orientado hacia el bien común, establecido y mantenido por una autoridad dotada de poderes de coerción. Y de acuerdo a la definición anterior se tienen cuatro elementos del Estado que son:*

- a) *Una agrupación humana;*
- b) *Un territorio sobre el que esta fijo el grupo;*

---

<sup>12</sup> DE LA CUEVA Mario. Teoría General del Estado. apuntes mecanografiados. Instituto de investigaciones jurídicas UNAM.1965, p 14.

<sup>13</sup> ARNAIZ AMIGO Aurora, Estructura del Estado. Edit. McGraw Hill, p. 5.

- c) *Un poder que dirige al grupo;*
- d) *Un orden económico, social, político y jurídico a cuya realización se dedica el poder.*<sup>14</sup>

En las diversas teorías acerca del Estado, se presentan los mismos elementos, que son territorio, pueblo y poder público. Sin embargo Hauriou establece una cualidad del pueblo, y es la nación, la cual *“es una agrupación humana en la que los individuos se sienten unidos los unos a los otros por lazos a la vez materiales y espirituales y se consideran diferentes de los individuos que componen las otras agrupaciones nacionales”*.<sup>15</sup>

André Hauriou define al Estado como: *“una institución de instituciones que surge como una necesidad de la defensa colectiva y de la realización del bien común. Siendo una autolimitación objetiva del poder.”*<sup>16</sup>

Hans Kelsen menciona que el *“Estado es el derecho como actividad normativa, y el derecho es el Estado como actividad normada. En el Estado, alcanza el pueblo su personalidad jurídica”*.<sup>17</sup>

Para Kelsen el Estado es una organización jurídica que norma la convivencia social a partir del orden que provee el derecho, sin embargo se debe atender a la realidad política, realidad cultural, social, económica ya que en conjunto son características de un grupo humano.

Andrés Serra Rojas dice que el *“Estado es un orden de convivencia de la sociedad políticamente organizada, en un ente público superior, soberano y coactivo. Se integra una organización con una población-elemento humano, o grupo social sedentario, permanentemente y unificado-, asentada sobre un territorio o porción*

---

<sup>14</sup> HAURIUO André, Derecho Constitucional e Instituciones Políticas, Ariel, Barcelona España, 1980, p118-119.

<sup>15</sup> Ídem, p 119.

<sup>16</sup> SERRA ROJAS Andrés, Teoría del Estado. edit. Porrúa. 1998, p.181.

<sup>17</sup> ARNAIZ AMIGO Aurora, Estructura del Estado, edit., Mc Graw Hill, 2003, p.56.

*determinada del planeta, provista de un poder publico que se caracteriza por ser soberano y se justifica por los fines sociales que tiene a su cargo.”<sup>18</sup>*

La definición del Estado permitirá englobar todas las formas políticas conocidas a través de su desarrollo, considerando al Estado como una comunidad establecida jurídicamente, dentro de un territorio delimitado con un poder coactivo, un poder supremo, con un orden jurídico vigente acorde con la realidad, concurriendo en una sociedad jurídica y políticamente organizada y así en el transcurso de su evolución llega hasta las particularidades del Estado moderno, y con las características de un tipo ideal, que se mantiene a través del tiempo.

Mario de la Cueva dice que el *“Estado del mundo occidental de nuestros días, igual que el del pasado, es la consecuencia inevitable de las diferencias económicas y tiene como finalidad suprema la defensa de la propiedad privada, mediante ejércitos y cárceles o a través de un ordenamiento jurídico que otorgue un grado mas o menos importante de libertad, compatible con la estabilidad del sistema”*.<sup>19</sup>

En la actualidad se presenta un fenómeno denominado globalización que no solo implica relaciones económicas, sino también interacciones sociales entre los países. Mediante esta postura se debe analizar la relación del orden jurídico estatal interno y externo, además de las dimensiones entre lo público y privado, ya que son un reflejo para que la sociedad global, busque un consenso social en torno a los valores inherentes al hombre y de las instituciones que los salvaguarden; aunque no todos los países se encuentran igualmente dotados de instituciones políticas, estructuras económicas y sociales que los ayuden a enfrentar estos retos.

Para Aurora Arnaiz Amigo el Estado moderno tiene *“Un origen propio con una estructura capitalista, cuya organización esta en una norma suprema o*

---

<sup>18</sup> SERRA ROJAS Andrés, Teoría del Estado. edit. Porrúa.1998. p.167.

<sup>19</sup> DE LA CUEVA Mario. La idea del Estado. UNAM, 1996. p. 414.

*constitución con base en fundamentos teóricos, justificando la eterna antinomia del hombre que obedece a la ley y a la autoridad, sin hacer dejación del respeto al principio de la dignidad humana.*<sup>20</sup>

Hay una realidad estatal que da sustento al orden jurídico; por lo tanto el Estado a través de su orden jurídico y por medio de las instituciones, debe garantizar individual y colectivamente la justicia social y procurar el bienestar de sus gobernados a través de las leyes, las cuales deben incluir a todos los individuos, entre ellos las minorías. Estas instituciones no deben tener influencia de intereses políticos o económicos, y debe procurar políticas públicas que contemplen y aseguren el bienestar de los ciudadanos como el de la salud, educación, trabajo, seguridad; considerando así una mejor calidad de vida.

#### **A.-El orden jurídico estatal**

Toda organización debe estar regulada para cumplir el objetivo propuesto. Por tanto el Estado en su conformación necesita una estructura con un conjunto de valores y principios, vinculados con la realidad. Al mismo tiempo el Estado es parte de una realidad social, y se origina de relaciones instituidas entre grupos de personas, las cuales están reglamentadas por normas jurídicas; luego entonces el Estado tiene el poder supremo de una comunidad que decide las normas que han de regular su conducta, siendo este orden jurídico la sustancia nacional, que en la realidad algunas veces no coincide con la política y lo social.

*” El Estado es un orden jurídico, un sistema de normas de derecho y que, por tanto, estar sometido al poder del Estado no significa otra cosa sino hallarse vinculado por un orden jurídico”.*<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> ARNAIZ AMIGO Aurora, Estructura del Estado, Edit., McGraw Hill, 2003, p. 59.

<sup>21</sup> Idem, p. 338.

Esta vinculación a la estructura jurídica se manifiesta en un poder legal, que a través del Derecho esta jurídicamente organizado, cuya realización y creación, pone en vigor normas jurídicas; reglamentando así, las relaciones entre ciudadanos y estableciendo una correspondencia entre el Estado y el Derecho de una manera dialéctica, ninguno se sobrepone al otro.

*Hans Kelsen considera que el Estado es la totalidad del orden jurídico en cuanto constituye un sistema, o sea, una unidad cuyas partes son interdependientes, que descansa en una norma hipotética fundamental. Aquí se apunta a la unidad autónoma de un orden jurídico.<sup>22</sup>*

Kelsen menciona una unidad, esto es, que cada entidad federativa tiene su propia constitución en el cual establece su competencia, y cuyas entidades regionales están supeditadas a la federación, formando un orden jurídico local, que en conjunto con el orden jurídico central forman en su totalidad al Estado. Asimismo el orden jurídico es un conjunto organizado de normas jurídicas cuya disposición jurídica de cada una es específica y en este orden se encuentra una norma fundamental.

*Para Hans Kelsen un orden jurídico es un sistema de normas cuyo razón o fundamento de validez de una norma esta siempre en otra norma, nunca en un hecho. La búsqueda del fundamento de validez de una norma no nos conduce a una realidad, sino a otra norma de la cual la primera procede.<sup>23</sup>*

El orden jurídico debe desempeñar eficazmente la función de remediar conflictos de intereses de una manera racional, porque de acuerdo a su composición dispone de Instituciones que van a coadyuvar la realización de los procedimientos

---

<sup>22</sup> SERRA ROJAS Andrés, Teoría del Estado, edit. Porrúa, 1998. p. 71.

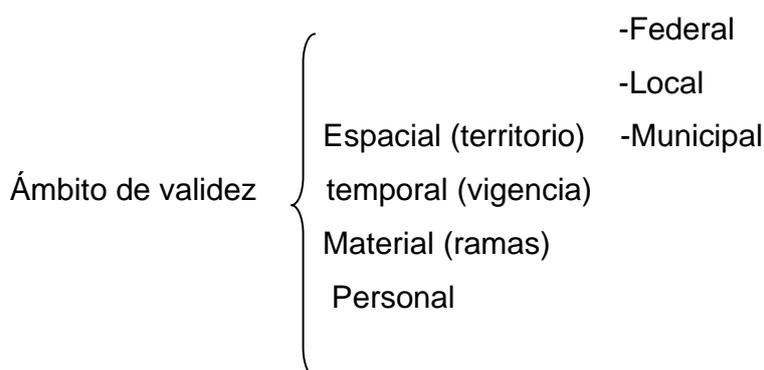
<sup>23</sup> KELSEN Hans Teoría general del derecho y del Estado. UNAM, 2008, p 130.

y competencia, tanto legislativos como judiciales, y en base a estos van a solucionar, dichos conflictos.

La norma es valida por su existencia, siendo esta aplicable mediante la obligatoriedad, una fuerza coercitiva y se conduce de acuerdo a la prescripción de la norma y es eficaz en cuanto a la realidad de la conducta de las personas.

La norma en sentido amplio es una norma o patrón de comportamiento y en sentido estricto es una regla o patrón de comportamiento obligatorio que otorga derechos e impone deberes. Por lo que una norma jurídica es bilateral al imponer deberes correlativos de facultades y concede derechos correlativos de obligaciones. Las normas se pueden clasificar de acuerdo al ámbito de validez y en base al punto de vista de su jerarquía.

*Una norma es considerada como valida sólo bajo la condición de que pertenezca a un sistema normativo, a un orden que, considerado en su totalidad, es eficaz. Así pues, la eficacia es condición de la validez, pero no la razón de la misma.<sup>24</sup>*



El ámbito espacial de validez es la porción del espacio en que un precepto es aplicable y dentro del sistema jurídico mexicano existen tres categorías de normas a saber; Federal, local y municipal. Las normas federales son aplicables en toda la

---

<sup>24</sup> Ídem. p 49.

república; las normas locales en las partes integrantes de la Federación, esto es, en cada entidad federativa; y las normas municipales en cada circunscripción territorial que corresponda al municipio.

Las normas jurídicas de ámbito de validez temporal pueden ser de vigencia determinada o indeterminada; las de vigencia determinada son: aquellas cuyo ámbito de validez temporal se encuentran establecidas de antemano, las indeterminadas son: aquellas cuyo lapso de vigencia no se ha fijado desde un principio. El ámbito de validez material se refiere a la materia que regula y las de ámbito de validez personal se encuentran en función de los sujetos a quienes obliga. En cuanto a su jerarquía se clasifican en: normas constitucionales, normas ordinarias, normas reglamentarias y normas individualizadas.

La norma suprema no es un acto en si, pues como su nombre lo indica, es un principio límite, es decir, una norma sobre la que no existe ningún precepto de superior categoría. Las normas ordinarias si presentan un acto, esto es, se trata de normas jurídicas que implican la aplicación de preceptos constitucionales. Así mismo de manera análoga, las normas reglamentarias están condicionadas por las ordinarias y las individualizadas son actos de aplicación de normas de índole general.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se plasma la forma de Estado y de gobierno, además comprende la transición del Estado y contiene la legislación vigente que se ha originado por los procesos sociales. La sociedad da creación y sentido a las instituciones jurídicas ya sea por sumisión, subordinación o reacción; además el orden jurídico no solo se compone de la Constitución es parte de esta, y se presenta una jerarquía en la cual se establece en la tesis aislada siguiente:

**“TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.**

Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la **jerarquía** de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la **Constitución** Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "... serán la Ley Suprema de toda la Unión ..." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la **Constitución** y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la **Constitución** es la Ley Suprema. El problema respecto a la **jerarquía** de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma **jerarquía** de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta **jerarquía** de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma **jerarquía** en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta **Constitución** a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.". No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA **JERARQUÍA** NORMATIVA."; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la **jerarquía** superior de los tratados incluso frente al derecho federal."

Nota: Esta tesis abandona el criterio sustentado en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Número 60, Octava Época, diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA."<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup>Novena época, Instancia pleno. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, X noviembre de 1999, p 46. Tesis aislada. Materia Constitucional

Ante esto la clasificación del orden jerárquico es en primer lugar la Constitución Política, después los Tratados Internacionales, Ley Federal y Ley Local, Decreto, Reglamento, normas jurídicas individuales.

Para Ignacio Burgoa la constitución es: *“el ordenamiento fundamental y supremo en que se proclaman los fines primordiales del Estado y se establecen las normas básicas a las que debe ajustarse su poder público de imperio para realizarlos.”*<sup>26</sup>

La Constitución esta formada por una parte dogmática y orgánica. En la parte dogmática se tiene los derechos de los gobernados, sus libertades y protección de los mismos por parte de la autoridad. En esta parte se tratan los derechos fundamentales del hombre, los cuales son garantías individuales del gobernado frente al Estado.

La parte de la Constitución que tiene por objeto organizar el poder público es la parte orgánica, en esta, se señala su competencia atribución y organización del Estado; y se determina la forma de gobierno, los órganos que tendrá a su cargo el ejercicio del poder, las funciones correspondientes a cada uno de los órganos de gobierno y atribuciones legales que le corresponden; también se regula la estructura, funcionamiento y facultades de los poderes federales y locales; igualmente en la constitución delimita los derechos y obligaciones del poder público y de los gobernados.

Aurora Arnaiz Amigo menciona que el *“arte de gobernar equivale al fomento de las libertades humanas, tanto individuales como sociales. No hay Estado sin su relación de aparición simultánea; el derecho positivo. La declaración política de las libertades como pacto institucional que obligue a gobernante y gobernados se recoge, en la modernidad, en el código político denominado constitución política de un Estado.”*<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> BURGOA O. Ignacio, Derecho Constitucional Mexicano, Porrúa, 2007, p. 281.

<sup>27</sup> ARNAIZ AMIGO Aurora, Estructura del Estado, Edit. McGraw Hill. 2003. p. 59.

## 2.- Elementos del estado

Para comprender al Estado se necesita conocer sus elementos; las funciones de estos, y la relación de la realidad con el Estado. Por lo que, una diversidad de autores e investigadores acerca de la Teoría del Estado, instauraron en la doctrina tradicional elementos esenciales, los cuales son: el territorio, la población y el poder público.

*Andrés Serra Rojas cita a Carlos S. Fayt el cual agrega como elementos esenciales el poder y el derecho. Los elementos modales son la soberanía y el imperio de la ley. Todos esos elementos constituyen un todo articulado que solo por abstracción se puede fragmentar, dividirse o descomponerse en partes. Cada elemento se encuentra relacionado con todos los demás. De ahí que solo pueda ser aislado mediante un proceso de abstracción, pero comprendiéndolo en su conexión de sentido dentro del todo de la organización estatal. No podemos comprender la realidad estatal sin comprender la función que tienen sus elementos estructurales; tampoco podemos comprender la naturaleza de los elementos estructurales sino con relación a su función dentro de la realidad estatal.<sup>28</sup>*

Jean Dabin establece elementos previos, y son: el elemento humano, territorio y elementos constitutivos: el bien público temporal y la autoridad o poder político. Para Kelsen el Estado es estrictamente normativo por lo que considera a los elementos del Estado dentro del ámbito jurídico, por ejemplo; el territorio es el ámbito espacial de validez, el pueblo es el ámbito personal de validez del orden jurídico, el poder del Estado como validez y eficacia del orden jurídico nacional. Ante esta propuesta se tendría que considerar en donde quedan los factores sociales, la realidad estatal.

---

<sup>28</sup> SERRA ROJAS Andrés, Teoría del Estado, edit. Porrúa, 1998, p.232.

Los elementos tradicionales del Estado se complementan, y comprenden una relación y articulación entre ellos; son elementos estructurales que en su conjunto dan origen al Estado y estos elementos tienen su fundamento en el orden jurídico estatal, además de plasmarse los principios que rigen su estructura constitucional.

### **A.-Pueblo**

Desde su aparición sobre la tierra, el hombre se benefició de la necesidad de vivir agrupado. Estas relaciones sociales entre los hombres fueron necesarias desde aquellos tiempos, para que los grupos crecieran y se desarrollaran. Este grupo de personas se va congregando en un territorio determinado formando una comunidad política estableciendo normas, y que a su vez instituyen un orden jurídico estatal. Estas agrupaciones en su origen forma la familia en donde se tienen vínculos de parentesco y que en su conjunto con las demás personas, establece una sociedad con el fin de obtener el bien común de la comunidad.

*En forma amplia, podemos definir la sociedad como la unión moral de individuos que tienden hacia su propio fin y que han formado la sociedad precisamente para obtener el bien de cada uno de sus miembros, el bien común, consistente en ayudarse recíprocamente en la obtención del bien particular de cada uno.<sup>29</sup>*

El Estado debe considerar a la sociedad a través de sus instituciones y satisfacer las necesidades de los grupos vulnerables y en este aspecto se tiene que contemplar la esencia del ser humano como un ente individual que por medio de su afán y capacidad, busca con plenitud su bienestar y pretende alcanzar su desarrollo como persona.

*El hombre tiene, en primer término, que analizar hasta su perfección su personalidad moral individual; por encima de todos los intereses*

---

<sup>29</sup> PORRUA PEREZ Francisco, Teoría del Estado, Teoría política. Ed. vigésima octava edit. Porrúa, p223.

*sociales esta el desarrollo de su programa de vida que le es peculiar, propio, que es el que le conduce hacia el bien y la verdad.*<sup>30</sup>

En la Edad Media no se consideraba al pueblo como parte integrante, ya que en el absolutismo los monarcas solo daban cuenta a dios, del que según ellos, habían recibido la autoridad para gobernar a los hombres sobre la tierra. Posteriormente se producen cambios sociales, y con la revolución francesa y las invasiones napoleónicas, produjeron el nacionalismo. Este nacionalismo se caracteriza por intereses comunes dando origen a una unidad nacional. Años después en Europa aparece el Renacimiento y surge el Estado-Nación que forma una organización para el ejercicio de la autoridad del Estado, desarrollando una solidaridad específica entre su población, que la distingue de otros grupos.

El pueblo es un elemento de formación del Estado, siendo el pueblo en su conjunto elemento conformado por individuos que dan forma a una estructura y organización política, y que es la sustancia humana del Estado y que a través de las instituciones del Estado crea derechos y obligaciones sobre los demás. Así que conjuntamente el Estado debe considerar a la persona pues de ella está constituido y estos lazos entre las personas, dan origen a la cuestión de nacionalidad y que cada una es parte de un todo, llamado Estado.

*“Para Aurora Arnaiz Amigo el pueblo es la sociedad política establecida tradicionalmente en un territorio, que posee los principios generales del derecho público y que se dispone a organizar su vida política de acuerdo con dichos principios.”<sup>31</sup>*

Para Andrés Serra Rojas *“el pueblo comprende sólo a aquellos individuos que están sujetos a la potestad del Estado ligados a éste por el vínculo de la ciudadanía. El pueblo es el sostén de las instituciones nacionales.”<sup>32</sup>*

---

<sup>30</sup> Ídem, p 223.

<sup>31</sup> ARNAIZ AMIGO Aurora, Estructura del Estado, Edit. McGraw Hill. 2003.p. 83.

<sup>32</sup> SERRA ROJAS Andrés, Teoría del Estado, edit. Porrúa, 1998. p.247.

El pueblo es un grupo humano que reside en cierto espacio físico y busca la aspiración del género humano en la solidaridad. La solidaridad es la fuerza estabilizadora que mantiene unida a la humanidad y el medio que nos permite tener un compromiso voluntario con todas las personas con quienes convivimos.

*En un sentido sociológico el pueblo es aquel conjunto de seres humanos que se sabe unido por un sentimiento de pertenencia nacional, fundado, por su parte, en una pluralidad de factores, como la afinidad racial, la comunidad de cultura( en especial de la lengua y la religión) y la comunidad de destino político que es un factor de trascendencia.<sup>33</sup>*

Uno de los conceptos jurídicos que tiene relación con el pueblo es la nacionalidad, y es una noción jurídica que implica una relación política entre el individuo y el Estado, una pertenencia que une a los seres humanos. La nacionalidad es un vínculo político, un lazo jurídico que va implicar una condición imprescindible de la ciudadanía. La ciudadanía es el conjunto de prerrogativas y obligaciones de carácter político establecidas en el Artículo 34, 35 y 36 de la Constitución Política.

*Artículo 34. Son ciudadanos de la República los varones y mujeres que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnan, además, los siguientes requisitos:*

- I. Haber cumplido 18 años, y*
- II. Tener un modo honesto de vivir.*

*Artículo 35. Son prerrogativas del ciudadano:*

- I. Votar en las elecciones populares;*
- II. Poder ser votado para todos los cargos de elección popular, y nombrado para cualquier otro empleo o comisión, teniendo las calidades que establezca la ley;*
- III. Asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país;*

---

<sup>33</sup>ZIPPELIUS Reinhold. Teoría General del Estado, UNAM, 1985. p 78.

- IV. Tomar las armas en el Ejército o Guardia Nacional, para la defensa de la República y de sus instituciones, en los términos que prescriben las leyes; y*
- V. Ejercer en toda clase de negocios el derecho de petición.*

*Artículo 36. Son obligaciones del ciudadano de la República:*

*I. Inscribirse en el catastro de la municipalidad, manifestando la propiedad que el mismo ciudadano tenga, la industria, profesión o trabajo de que subsista; así como también inscribirse en el Registro Nacional de Ciudadanos, en los términos que determinen las leyes.*

*La organización y el funcionamiento permanente del Registro Nacional de Ciudadanos y la expedición del documento que acredite la ciudadanía mexicana son servicios de interés público, y por tanto, responsabilidad que corresponde al Estado y a los ciudadanos en los términos que establezca la ley,*

*II. Alistarse en la Guardia Nacional;*

*III. Votar en las elecciones populares en los términos que señale la ley;*

*IV. Desempeñar los cargos de elección popular de la Federación o de los Estados, que en ningún caso serán gratuitos; y*

*V. Desempeñar los cargos concejiles del municipio donde resida, las funciones electorales y las de jurado.*

En el Artículo 30 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se plasma la nacionalidad, la cual se adquiere por nacimiento o por naturalización:

*A) Son mexicanos por nacimiento:*

*I. Los que nazcan en territorio de la Republica, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres.*

*II. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres nacidos en territorio nacional, de padre mexicano nacido en territorio nacional, o madre mexicana nacida en territorio nacional;*

*III. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos por naturalización, de padre mexicano por naturalización, o de madre mexicana por naturalización, y*

*IV. Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes.*

*B) Son mexicanos por naturalización:*

*I. Los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones carta de naturalización.*

*II. La mujer o varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicanos, que tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional y cumplan con los demás requisitos que al efecto señale la ley.<sup>34</sup>*

*Francisco Porrúa Pérez menciona que el pueblo es un vocablo que designa aquella parte de la población que tiene derechos civiles y políticos plenos, y conduce a la integración de la nación. En tanto que la nacionalidad es un determinado carácter o conjunto de características que afectan a un grupo de individuos haciéndoles afines, es decir, dándoles homogeneidad.<sup>35</sup>*

Para Kelsen la norma es el Estado quien tiene una acción coactiva para obligar, además menciona que el ámbito personal de validez del orden estatal tiene un sentido normativo, y que *“el hombre forma parte del pueblo solamente en tanto que esta sometido al dominio estatal, y su conducta constituye el contenido del orden jurídico”*.<sup>36</sup>

Las personas establecen a través de las instituciones, el procedimiento de creación de leyes, consecuentemente se debe reflexionar que por medio de los sucesos sociales se han establecido normas jurídicas, y que el ser humano es un ente social, es decir, esta sujeto a cuestiones sociales y además tiene la libertad de conducirse sin perturbar el interés público. En tanto que dentro del ámbito personal de validez se encuentran derechos como son los de libertad, la facultad de pedir la intervención del Estado a favor de los intereses individuales y los derechos políticos.

---

<sup>34</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos p 25 y 26.

<sup>35</sup> PORRUA PEREZ Francisco, Teoría del Estado, Teoría política. edit. Porrúa, p271.

<sup>36</sup> KELSEN Hans, Teoría General del Estado, UNAM, 2008, p.197.

## **B.-Poder Público**

En toda cultura antigua se tiene la necesidad de una autoridad, la cual asumirá el dominio, ya sea por un individuo o varios; y gobernara todas las situaciones y actuaciones de los integrantes de la organización. En cuanto al poder este requiere de la autoridad y en las relaciones sociales, el individuo esta sometido o condicionado por otro; es decir, es una capacidad de condicionar a otro, siendo esta autoridad otorgada para gobernar. Del mismo modo el poder es uno de los elementos del Estado que le concede la titularidad del ejercicio en todo el territorio.

Aristóteles menciona en su libro la política, formas de gobierno, las cuales se van a distinguir por quien ejerce el poder, ya sea por una o varias personas. El poder significa, según lo establecido en el Diccionario de la Real Lengua Española: "*Dominio, imperio, facultad y jurisdicción que uno tiene para mandar o ejecutar una cosa*".<sup>37</sup>

*Los escritores griegos hablaron de la ciudad y mencionaron también el gobierno de la aldea, como el poder que ejercen los hombres sobre si mismos, los griegos no se propusieron el problema de las formas de estado, sino la cuestión del poder político.*<sup>38</sup>

El poder del Estado es absoluto y total, y se ejerce sobre todos los miembros de la comunidad; en todo el espacio determinado del territorio. De esta manera el poder del Estado es la imposición a través de una regulación de normas y con ello lograr una seguridad jurídica para la comunidad. En la actualidad el poder político debe gobernar mediante el orden del derecho, basándose en valores de justicia y bien común.

*En el año 725, el senado otorgo a Octavio, imperio, mismo que le concedió la dignidad de Augusto y la mayor parte de los poderes que*

---

<sup>37</sup> DICCIONARIO DE La Real Lengua Española, edit. Real Academia Española, Madrid, España, Tomo II, p.

<sup>38</sup> DE LA CUEVA Mario, La idea del Estado, UNAM, 1996. p. 21.

*correspondían a las magistraturas, una especie de poder absoluto. Imperio significo poder o potestad publica, lo que dio por resultado un cambio en la titularidad del poder, el que paso del pueblo al emperador, o con otra formula, la soberanía interna, concebida como la potestad de dictar e imponer el derecho, se elevo a prerrogativa imperial.<sup>39</sup>*

La forma de gobernar de la cultura Romana, sufrió una transformación de Monarquía a Republica, y de esta a Imperio. En la Monarquía se concentraba el poder en el rey y era absoluto su poder. Durante la republica, el monarca fue sustituido por dos magistrados, llamados cónsules y su periodo duraba un año. Mientras que en el Imperio, todos los cargos públicos estaban centralizados en una persona, este poder romano se ejercía por medio de la fuerza para conquistar pueblos y a través de normas reglamentaban su conducta.

*En la Edad media no existieron ni el poder político ni el hombre social, sino el hombre-individuo. Se aplicaba el concepto ciceroniano de que lo político era la res pública (comunidad política). El Estado moderno arrebatara el poder político del señor feudal transformándolo de poder político público en incuestionable triunfo jurídico.<sup>40</sup>*

La institución eclesiástica en la Edad Media detiene el nacimiento del desarrollo político del Estado y surgen tres poderes; el rey, la iglesia, y los feudales. La iglesia y el rey ejercían un poder divino; estos tres poderes se van a conducir por intereses propios, para seguir conservando su condición.

En esta época se manifiestan dos características de poder, y se establecen como poder temporal y poder espiritual. El poder temporal es todo aquello que no es parte de la divinidad (un poder racional) y el poder espiritual, deviene de dios y continúa hasta la fecha, siendo la iglesia un factor influyente. Por medio de este

---

<sup>39</sup> Ídem, p. 41-42

<sup>40</sup> ARNAIZ AMIGO Aurora, Estructura del Estado, Edit. McGraw Hill, 2003, p. 220.

poder se tiene una atribución sobre el poder temporal, pues según San Agustín la ciudad terrena es la de aquellos que viven por lo dispuesto por el hombre, y la ciudad de dios es la de quienes viven según Dios, las dos tiene un correlativo en el mas allá y quien no ha sabido regirse por los principios de Dios, no alcanzara la vida eterna y sufrirá de acuerdo a la pena que le imponga Dios.

*En esta época la lucha se suscito entre poderes internacionales, el imperio y la iglesia, por cuanto el poder espiritual pretendió también la titularidad originaria del poder temporal, cuyo uso, siempre al servicio de los valores espirituales, lo otorgaba al emperador. La Carta del Apóstol San Pablo a lo Romanos dice que no hay potestad que provenga de dios y dios es el que ha establecido las que hay. También este poder establece un límite al poder del emperador, de los reyes y de los señores feudales, ya que aquella es la que lleva a la salvación eterna, razón por la cual es suprema.<sup>41</sup>*

A través de la historia el hombre a competido por conseguir, conservar y ostentar el poder, ya sea por la fuerza, por miedo, o por aceptación; a sabiendas de que si no cumplen tienen una sanción; y se ven obligados a estar sometidos por el soberano, que se imponen de manera absoluta, existencial e inexorable, y como consecuencia de esta lucha de poderes surgen movimientos como el Renacimiento, en donde se busca revivir las culturas antiguas, a través del análisis de los pensadores griegos, y surgen nuevas perspectivas en el desarrollo histórico del conocimiento.

En la Ilustración se da un impulso a la fe, pero ya no por la trascendencia de Dios, sino la racionalidad humana que pretende eliminar la desigualdad social. Por tanto se requiere que el conocimiento, permita la tolerancia de formas de manifestación social y lograr el criterio mediante la razón.

---

<sup>41</sup> ídem, p.37.

En Francia, la ilustración y su racionalidad, establecen los principios del equilibrio político a través de normas sociales, y aparecen pensadores como Charles Louis de Secondat Montesquieu, Jean Jacques Rousseau con su contrato social, Francois Marie Arouet (Voltaire) quien contribuye con su ensayo sobre las costumbres y el espíritu de las naciones; estos y otros más pensadores tienen la inquietud sobre el desequilibrio social y tratan de inquirir el establecimiento de una mayor igualdad.

En la Edad Media la noción de soberanía, es consecuencia de luchas entre los poderes; el rey y el imperio, el papado y los señores feudales; un poder que no reconoce a otro poder superior, luego entonces la soberanía, es el poder que no está sujeto a ninguna potestad extraña de la comunidad ni tampoco de cualquier grupo que este dentro del Estado, e implica una independencia en relación con los poderes del exterior y autoridad sobre los grupos internos.

Andrés Serra Rojas cita a Bodino, quien aporta el principio de la soberanía y fundamento del absolutismo, y menciona que *“la soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una Republica, o la potestad suprema sobre ciudadanos o súbditos no sometida a la ley.”*<sup>42</sup>

Jean Bodino es autor de la obra “Los seis libros de la República”, estableciendo así un tratado de ciencia política, que se ocupa de la organización de los Estados, de las diversas clases, de las formas de gobierno, de los senados, tribunales, y examina el origen, desarrollo y decadencia de las repúblicas.

*La soberanía es la facultad del Estado de crear y garantizar el derecho positivo. El poder del Estado es la suprema atribución de decisión, acción y mando conferida por ley.*<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> SERRA ROJAS Andrés, Teoría del Estado, edit. Porrúa, 1998, p.414.

<sup>43</sup> ARNAIZ AMIGO Aurora, Estructura del Estado, Edit. McGraw Hill, 2003, p. 208.

La soberanía se puede concebir como una capacidad propia de los Estados, que a través de la colectividad crean instituciones publicas, dotadas de poder para tener una organización y estructura jurídicamente establecida. Este concepto de soberanía, esta plasmada en el Artículo 39 de la Constitución Política, y dice que la soberanía del Estado radica solo y esencialmente en el pueblo, que a las vez, es soberano y titular de este poder, y que esta facultado para modificar la estructura y forma de gobierno, considerando el bien del pueblo.

*Artículo 39. La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder publico dimana del pueblo y se instituye para beneficio de este. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno.*<sup>44</sup>

En el párrafo anterior, en la primera parte la soberanía significa que interiormente, toda potestad es inferior a ella, puede dictar sus propias normas y fijar la forma de gobierno que considere conveniente.

*Uno de los rasgos que individualiza al Estado moderno es la centralización del poder público, lo que implica como dato fundamental, la potestad exclusiva de dictar e imponer coactivamente el derecho; por lo tanto, los hombres ya no estarían sujetos a potestades distintas, o para usar una formula clásica, el estado devino la jurisdicción única para la regulación de la vida social.*<sup>45</sup>

Una sociedad tiene una conciencia colectiva que tiene coacción en todas las partes integrantes de esta, para que sigan las formas de comportamiento colectivo. De esta manera toda forma de comportamiento de una colectividad humana ha sido fijada por normas aceptadas de manera tacita y su

---

<sup>44</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, p 29.

<sup>45</sup> DE LA CUEVA Mario. La idea del Estado, UNAM, 1996, p. 54.

comportamiento general depende mas de la costumbre o de la herencia cultural, que de una aceptación razonada y discutida por consenso.

El consenso hace referencia a que las normas que se establecen se limiten, definan, conduzcan al poder y su perspectiva es: “quien ejerce el poder lo hace por su capacidad de dialogo.” Este consenso es una manera de organizar el poder, basándose en el acuerdo de la mayoría.

*“La autoridad y el poder son dos cosas distintas: poder es la fuerza por medio de la cual se puede obligar a obedecer a otra. Autoridad es el Derecho a dirigir y a mandar, a ser escuchado y obedecido por los demás. La autoridad pide poder. El poder sin autoridad es tiranía.”<sup>46</sup>*

El Estado surge en cuanto tiene la capacidad de gobernar, de mandar, de obedecer, y este poder es fundamentalmente una cuestión de hecho y que a través del orden jurídico estatal se hace valer de normas jurídicas que regulan su funcionamiento, señalando límites, condiciones. Este poder legal, esta jurídicamente organizado por medio del derecho. Dando origen para que la realización del poder se manifieste en una institución, que implica generar una organización y procedimiento, por medio del cual actúe el poder.

*El poder es una energía de la voluntad que se manifiesta en quienes asumen la empresa del gobierno de un grupo humano y que les permite imponerse gracias al doble ascendiente de la fuerza y de la competencia. Cuando no esta sostenido mas que por la fuerza, tiene el carácter de poder de hecho, y se convierte en poder de derecho por el consentimiento de los gobernados.<sup>47</sup>*

---

<sup>46</sup> PORRUA PEREZ Francisco, Teoría del Estado, Teoría política. edit. Porrúa, p 293.

<sup>47</sup> Idem, p.130.

El poder de hecho se manifiesta en la fuerza e imposición de unos cuantos sobre la mayoría, y esta no la acepta; es una cuestión de dominación. En tanto que los gobernados otorgan el consentimiento y este se manifiesta porque se va ejercer de acuerdo a la satisfacción de los intereses comunitarios; para esto la sociedad se organiza políticamente dando aprobación de que el poder es legítimo, cuando se ajusta al sistema de valores y creencias mayoritariamente compartidas por una sociedad, y a mayor consenso mayor es la legitimidad. Esta legitimidad se establece en base a la ley, por acuerdo del grupo, siendo la ley que somete tanto quien ejerce el poder como el que esta sometido al mismo.

El poder político solo pertenece al Estado y se define como la capacidad o energía que dispone el Estado para cumplir sus fines. El poder no es un simple fenómeno de fuerza que genere diferencias entre los gobernados y gobernantes, sino que es un fenómeno de orden sociológico por el cual los miembros de un grupo social se rigen por sus actividades, con la idea de que se realizan de acuerdo a sus fines de la sociedad.

Haoriu menciona que el poder del Estado es el poder público, que se establece en base a caracteres los cuales son: *“un poder de superposición y de centralización; un poder político; un poder civil; un poder temporal: un poder monopolizador de la coerción material; un poder soberano.”*<sup>48</sup>

El poder de superposición y de centralización se basa en concentrar la actividad administrativa del Estado federal e imponer el desarrollo económico nacional a las entidades federativas. Cuando dice que el poder del Estado es un poder político, lo relaciona con un poder de arbitraje, que no es patrimonial y que se tiene que obedecer ya que lleva implícita una sanción al individuo que no la cumpla. El arbitraje quiere decir que por medio de su poder, el Estado va intervenir entre los intereses económicos de ciertos grupos y los intereses del Estado.

---

<sup>48</sup> Ibidem, p.137.

En relación a lo patrimonial se concibe que hay una distinción entre el patrimonio público y privado y cada uno se rige conforme esta establecido en la legislación nacional. El poder del Estado es un poder civil, y se refiere a la separación entre el poder militar y el civil. El ejército es un elemento necesario para la defensa del Estado y la autoridad militar esta subordinada y no se contrapone con la autoridad civil, estableciendo esta subordinación en la norma suprema. El poder del Estado es un poder temporal, por que se describe como la disociación entre el poder religioso y el poder civil y se manifiesta en sus intereses.

Hauriou, expresa que el poder del Estado implica el monopolio de coerción material es decir que *“es un monopolio de la fuerza armada y de la coerción organizada, en el sentido de que los gobernantes están situados en una posición dominante y en plano de eficacia en relación a las agrupaciones existentes (sindicatos, asociaciones).”*<sup>49</sup>

Para que el Estado consiga diversos objetivos, resulta necesario que tenga un poder para llevar a cabo los mismos, mediante una actividad dinámica, la misma que se denomina poder público o estatal, que se desenvuelve, en las tres funciones clásicas, intrínsecamente diferentes, y las cuales son: Legislativa, Ejecutiva y Jurisdiccional. Estas funciones se ejercen mediante actos de autoridad, es decir actos de poder público, los cuales tienen atributos de imperatividad, unilateralidad y coercitividad, y que se derivan de la constitución, este orden jurídico es la fuente de existencia y validez de dicho poder.

El Estado esta compuesto de órganos para su funcionamiento, considerando al Estado como una institución pública suprema creada por el orden jurídico fundamental primario o constitución originaria. Estas instituciones implican una organización, un conjunto de órganos colocados en una estructura jerárquica y que desempeñan relaciones de supra subordinación, por tanto, el Estado no

---

<sup>49</sup> HAURIUO André, Derecho Constitucional e Instituciones Políticas, Ariel Barcelona, España1980. p150.

puede existir sin órganos, ya que en si mismo entraña una organización o sea una unidad organizada de decisión y acción.

El poder del Estado se caracteriza porque tiene el monopolio de la coacción para resolver conflictos y hacer respetar sus decisiones, implica una relación que determina el comportamiento de las personas. Consiste en una facultad de decisión y de acción con la cualidad de que es supremo y no esta subordinado a ningún otro poder.

### **C.-Territorio como ámbito espacial de validez**

En la época antigua el hombre era nómada hasta que debido a las circunstancias del medio que le rodeaba emprendió la búsqueda de asentamiento; lugares propicios para su desarrollo, y en conjunto con una agrupación que le permitiera sobrevivir en un medio hostil. Los pequeños grupos comenzaron a convertirse en tribus, colectividades, comunidades, civilizaciones.

Las grandes civilizaciones abarcaban grandes extensiones de territorio y era el rey quien ejercía su dominio sobre el territorio y sobre la comunidad asentada en el. Así que el Estado necesita que la comunidad se establezca en un lugar determinado, dando origen a una organización política; e integrado por un poder soberano.

*Georg Jellinek concibe al territorio como un elemento de la personalidad del poder publico cuya autoridad es derivada del Estado: "La tierra sobre la que se levanta la comunidad Estado, considerada desde su aspecto jurídico, significa el espacio en que el poder del Estado puede desarrollar su actividad especifica, o sea la del poder publico. En este sentido jurídico, la tierra se denomina territorio".<sup>50</sup>*

---

<sup>50</sup> CRUZ GAYOSSO Moisés, OCHOA HOFMANN E. Alfonso. ROBLES VAZQUEZ Jorge. Teoría General del Estado, IURE editores 2006 p.171.

En las culturas antiguas el gobernante tenía potestad sobre todos los bienes que se encontraban dentro de su dominio, y expandía su territorio a través de las conquistas de otros reinos. En la Edad Media el poder estaba en manos de un autócrata de carácter divino y la iglesia poseía una gran fuerza. Asimismo el soberano era quien repartía la tierra entre los nobles principales, y los señores feudales.

El feudalismo fue un régimen político, económico y social cuyas bases principales fueron la propiedad de la tierra y la religión cristiana, que prevaleció en Europa, alrededor de casi diez siglos. Después en la época del absolutismo europeo, se consolidaron los Estados nacionales, que por un lado, acabaron con la soberanía de los feudos y se desligaron del gobierno imperial y papal. Cuando se da la formación del Estado es indispensable que exista el territorio ya que sin el no se puede concebir al Estado, ya que necesita un lugar determinado en donde asentar su organización política.

*El territorio al que Carré de Malberg y Herman Héller se refieren como condición necesaria para que el Estado exista es, a su vez uno de los tres elementos constitutivos del Estado junto con el pueblo y el poder político supremo. El territorio es el ámbito de aplicación del derecho y de la potestad del Estado. El territorio delimita el derecho y el poder.<sup>51</sup>*

Kelsen establece que la norma jurídica será aplicada en un territorio determinado, esto es en toda la circunscripción que abarca el territorio y le denomina ámbito espacial de validez del orden jurídico estatal, es decir el espacio donde se aplica la norma jurídica. Por lo que el poder coactivo será únicamente aplicado en el territorio.

Sin embargo el ámbito de competencia del ejercicio de su poder del Estado no solo es el espacio terrestre, un aspecto físico, sino también incluye el aéreo y

---

<sup>51</sup> ARNAIZ AMIGO Aurora, Estructura del Estado, Edit. McGraw Hill, 2003, p. 97.

marítimo. En tanto que el asentamiento geográfico del territorio se encuentra delimitado y en el se asienta la población, su estructura y organización del mismo.

*“Andrés Serra Rojas menciona que el territorio esta determinado por las fronteras y el dice que son: delimitaciones territoriales de un Estado, las naturales como los mares ríos y montañas o artificiales como monumentos, mojoneras o de cualquier otra forma política, las cuales son tratados internacionales y las convenciones entre Estados.”<sup>52</sup>*

El territorio influye sobre el Estado porque este elemento va dar la competencia de su poder soberano y con ello regir su autonomía. El Estado tiene la necesidad de un territorio determinado y así tener una integración comunitaria para que se desarrolle, comprendiendo su existencia y poder ejercer pleno dominio sobre el grupo comunitario.

*Todo Estado debe poseer un territorio como supuesto imprescindible de su organización, de las funciones que le corresponden, de los servicios que atiende y de su competencia para regularizar, coordinar y controlar la acción administrativa, ya que no hay Estado sin territorio.”<sup>53</sup>*

El territorio tiene dos cualidades una es el espacio físico en donde se establece la comunidad y organización del Estado por el cual ejerce su orden jurídico estatal en ejercicio de su soberanía, la otra es que va a delimitar la acción en la circunscripción de los extranjeros. El Estado en pleno dominio tiene derecho sobre el conjunto de bienes que forman el patrimonio, pero respetando los bienes de dominio privado. Por tanto el Estado solamente tiene ese derecho si su fundamento es de interés público y de acuerdo a sus fines del Estado.

---

<sup>52</sup> SERRA ROJAS Andrés, Teoría del Estado, edit. Porrúa, 1998, p.273.

<sup>53</sup> Ídem p 272.

*Para Jellinek: “el Estado tiene dominio sobre el territorio, y sobre los particulares, imperio. El particular de un Estado tiene sobre el territorio derechos reales de propietarios, posesión, uso, etcétera”.<sup>54</sup>*

Hay tres Teorías acerca de cómo se concibe el Territorio y en primer lugar esta la Teoría del Territorio objeto, la cual dice que es el dominio del Estado sobre el territorio a través de un vínculo jurídico, es una teoría patrimonialista.

*La opinión del Territorio objeto supone al territorio como una cosa sobre la cual el Estado establece una relación jurídica.<sup>55</sup>*

Esta teoría es aceptada y plasmada en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual instituye el territorio nacional en los artículos 27 y 42 conformado por lo siguiente:

*Artículo 27. La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada.*

*Las expropiaciones solo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización.*

*La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país...*

*Artículo 42. El territorio nacional comprende:*

*I. El de las partes integrantes de la Federación;*

*II. El de las islas, incluyendo los arrecifes y cayos en los mares adyacentes;*

---

<sup>54</sup> ARNAIZ AMIGO Aurora, Estructura del Estado, Edit. McGraw Hill, 2003, p. 101.

<sup>55</sup> SERRA ROJAS Andrés, Teoría del Estado, edit Porrúa, 1998, p.287

*III. El de las islas de Guadalupe y las de Revillagigedo situadas en el Océano Pacífico;*

*IV. La plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas, cayos y arrecifes;*

*V. Las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fija el Derecho Internacional y las marítimas interiores;*

*VI. El espacio situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que establezca el propio Derecho Internacional.<sup>56</sup>*

En la segunda teoría considera al Territorio sujeto, y establece que el Territorio es parte de la personalidad del Estado ya que no existe territorio sin Estado en el cual se manifieste su voluntad y este poder del Estado lo va ejercer dentro del territorio sobre los individuos y no más allá de lo que permita el Derecho internacional. Mientras que en la tercera teoría forja la idea del Territorio límite y contempla al territorio como una circunscripción en donde el Estado va ejercer su soberanía; su poder público sobre las personas de acuerdo a su orden jurídico estatal.

*El territorio no es otra cosa que el límite de la soberanía de un Estado, es decir, el marco que encierra la facultad del Estado para realizar actos de poder público<sup>57</sup>*

El Territorio presenta características siguientes: no se puede enajenar, es un lugar determinado mediante un límite ya sea una frontera, o un ambiente natural en donde se asienta la población, y va a delimitar el poder del Estado, esto es, que las normas se aplican en su ámbito de validez espacial pero también están los individuos que entran en el territorio se someten al poder del Estado y ningún otro poder puede ejercer dominio sin consentimiento del mismo Estado.

---

<sup>56</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos p 18 y 34.

<sup>57</sup> SERRA ROJAS Andrés, Teoría del Estado, edit Porrúa, 1998, p.288.

#### **D.- Derecho.**

El Estado y el Derecho son instrumentos hechos por el hombre y para los hombres, para asegurar sus fines la sociedad crea o reconoce el poder del Estado y lo somete al derecho para hacerlo racional y lógico.

La palabra Derecho, referida al orden jurídico vigente, es el conjunto de reglas impero-atributivas que en una época o lugar determinados el poder público considera como obligatorias, esta definición infiere que el derecho vigente es un derecho del Estado, ya que son reconocidas o creados por la organización política, sin embargo, en la realidad, el Estado no hace sino reconocer y definir un orden jurídico determinado por concreción o determinación del Derecho Natural, siendo también el Estado, quien realiza y sanciona el Derecho; esto se puede encontrar con las reglas del Derecho consuetudinario o con las establecidas por un contrato, o con los estatutos elaborados por una asociación, etc., siendo esas normas (consuetudinarias, contractuales, institucionales etc.) solo consideradas como voluntad del Estado, la cual es una serie de actos realizados por determinados hombres (órganos) las cuales son atribuidos a un sujeto ideal o conceptual supuesto que se encuentra tras de ellos (Estado).

El orden jurídico valido no es algo estático, sino que está sujeto a procesos de renovación y de cambio de acuerdo a las necesidades del pueblo además está basado en razones de valor, mediante títulos ideales del deber ser; y el Estado, es una especie de precipitada expresión normativa de una serie de hechos de la vida social y en un sentido el político, tiene la función de organizar un mando supremo de carácter legítimo, el cual, debe de ajustarse a las necesidades para evitar que se produzca un cambio, mediante una revolución, es decir debe adaptarse a las normas no sólo de lo que debe ser, sino vigilar el ser.

Para Kelsen Estado y Derecho, son dos cosas idénticas, ya que eleva al primero en el ámbito jurídico como categoría absoluta, olvidando el aspecto sociológico que rige también al mismo, el cual constituye un fenómeno de carácter colectivo,

que constituye la voluntad de los hombres que participan en la organización política, resultante unificada de la conjunción de fuerzas que integran la comunidad política y la norma fundamental del Estado (Derecho como órgano jurídico vigente y válido) es la expresión normativa del hecho resultante de voluntad que encarna en el poder predominante.

Se puede definir, que existe una relación de interdependencia entre Derecho y Estado, para su existencia y para lograr su fin, el bien común, para la sociedad. Ya que no puede existir un Estado sin un orden normativo, ni un orden normativo que regule un Estado.

El Derecho es un conjunto de normas jurídicas que regula la conducta externa del hombre en sociedad, y requiere del Estado para adquirir obligatoriedad positiva jurídica. Por ello, la relación entre ambos es directa y necesaria, asimismo el Estado de derecho es una categoría que trasciende esta relación; siendo la voluntad del Estado la que determina un órgano democrático, y que utiliza la ley para expresar su voluntad.

El Estado ha significado siempre un poder supremo de una comunidad, que decide las normas que han de regular su vida, sus intereses primordiales y la solución a sus problemas más urgentes. Así que cualquiera que sea su origen o composición es un poder aceptado y superior sobre la sociedad. Por lo tanto el Estado ha cambiado, y ha cambiado hacia su régimen interior más que en el exterior.

### **3.- Fines del Estado**

El hombre, tiene la necesidad de proteger sus intereses ya sea de manera individual o de forma colectiva y de buscar el medio que le otorgue beneficio para satisfacer sus carencias, por lo tanto cuando surge el Estado; se tiene la necesidad de crear instituciones que regulen su conducta del hombre en base a normas jurídicas y valores, que le permita garantizar su medio en el interior del

entorno social. Esta creación de instituciones políticas y jurídicas van orientadas con un fin y es la de atender satisfactoriamente las necesidades de la sociedad.

*Los fines de una sociedad tienen que ser el reflejo de las propias necesidades sociales. El Estado como supremo órgano social debe asumir esos fines.*<sup>58</sup>

La finalidad del Estado, es una idea objetiva de un bien superior y para asegurar sus fines la sociedad crea y reconoce el poder del Estado y lo somete al derecho para hacerlo racional y lógico.

El fin del Estado se vislumbra de dos maneras, el bien común de manera particular si se relaciona con el interés individual y el interés público que es el bien común público encaminado a la comunidad que integra el Estado. El bien común público de la sociedad política, significa un interés buscado por el Estado cuyo servicio es a favor de la comunidad, siendo un ideal que atañe a todos los individuos que forman un conjunto, que componen al Estado y no el camino de la búsqueda del poder.

Francisco Porrúa Pérez, menciona los elementos que componen al bien público, los cuales son: *“la obtención de un orden que establezca la paz, una coordinación y una ayuda, de aliento y eventualmente de suplencia de las actividades privadas”*.<sup>59</sup>

a) Necesidad de orden y paz.

El Estado a través del Derecho establece un orden jurídico, siendo su objetivo regir la conducta de los individuos y la función de las instituciones, considerando que el Estado tiene el uso de la fuerza para hacer cumplir las normas jurídicas.

---

<sup>58</sup> SERRA ROJAS Andrés, Teoría del Estado, edit. Porrúa, 1998, p. 340.

<sup>59</sup> PORRUA PEREZ Francisco, Teoría del Estado, teoría política, Vigésima octava ed., Edit. Porrúa, p 287.

b) Necesidad de coordinación, o de orden.

Se tiene que contemplar la manera de que los factores, como el económico, la acción individual no tengan conflicto, lucha de intereses, por lo que se necesita una coordinación y se obtiene por medio del orden jurídico estatal.

c) Necesidad de ayuda, de aliento y eventualmente de suplencia de las actividades privadas.

El Estado tiene la competencia de dirigir el desarrollo de la actividad nacional, además de brindar ayuda a los particulares, para que estos realicen sus actividades conforme a las leyes establecidas, concediéndole ayuda a través de los servicios que proporciona el Estado.

El bien público temporal del Estado comprende la existencia del Estado y la conservación del Estado. La existencia abarca la protección de factores que pongan en riesgo al Estado. La conservación va a contemplar la cuestión administrativa del Estado, considerando todos los sectores de desarrollo.

*La idea del bien común implica dos elementos generales: a) La idea de bien, es decir, todos los medios materiales e inmateriales susceptibles de satisfacer necesidades; y b) Común, es decir, que la finalidad perseguida se extiende a toda la comunidad, sin que ninguna persona deba ser excluida de ella.<sup>60</sup>*

En hombre da composición a la sociedad y se reúne para obtener un bien común de todos. El bien común no es un bien individual, no es la suma de una porción de felicidad de cada individuo integrante de una comunidad, pero tampoco es un bien que nada deba a las partes. Es la integración sociológica de todo lo que hay de virtud y riqueza en las vidas de la comunidad, y que tiende a perfeccionar la vida y

---

<sup>60</sup> SERRA ROJAS Andrés, Teoría del Estado, edit. Porrúa, 1998, p. 349.

la libertad de la persona en su ser. El bien común no es solo la tarea del poder político, sino también de la autoridad política. Por lo tanto, el bien común es el principio y fin ético de la política.

*Los fines del Estado son las metas o propósitos generales que la evolución política ha venido reconociendo y que se incorporan al orden jurídico general. Los fines se incorporan a la legislación y retraducen en un conjunto de tareas, atribuciones o cometidos, que deben ejecutar los gobernantes al servicio de una comunidad. Estas tareas son de dos órdenes: unas establecen relaciones entre el Estado y la población; otras establecen relaciones entre el Estado y los demás Estados de la comunidad internacional.<sup>61</sup>*

Antes de formar parte del Estado, los seres humanos están unidos entre sí por vínculos de familia y parentesco, de lengua y de religión, de vecindad y de municipio, de profesión y de clase, de relaciones de negocios comerciales; en suma, el fenómeno de interdependencia social en todas sus formas, las cuales, más tarde, las sigue cultivando el Estado.

Durante el desarrollo de esta tesis se presentan conceptos de medicina la cual considerando que no tengo conocimientos en esta materia, pero es necesario presentar estos conceptos para comprender de una manera integral la situación de los problemas de infertilidad en la mujer, de igual forma se presenta la figura de la maternidad subrogada ya que para su realización se originan controversias en la práctica las cuales comprenden factores dentro de la medicina, y problemas jurídicos, y que no solo se requiere de la implementación e inclusión en la legislación mexicana sino también de todos los factores que intervienen para su cumplimiento.

---

<sup>61</sup> Ídem, p366.

#### **4.- Maternidad**

En la actualidad la mujer esta penetrando en la actividad económica del país, y ha logrado ser un factor importante en el desarrollo nacional, sin embargo aun sigue siendo discriminada en el ámbito laboral, y en su diversidad sexual. Mientras que en el transcurso de la vida las mujeres han sufrido numerosas enfermedades y problemas que a veces son agravados por la doble carga de trabajo (en el hogar y fuera de él), y por la maternidad, provocando la reducción de sus potencialidades de desarrollo. Actualmente en la sociedad mexicana la unidad de la familia, esta alrededor de la madre, por lo tanto la sociedad y el Estado deben incluir legalmente la protección de su integridad; ya que durante el embarazo y en el parto; los cuales se consideran procesos fisiológicos sanos y normales, esto no sucede así; por que en condiciones adversas como la pobreza, desnutrición y exceso de trabajo, pueden constituirse en problemas de salud.

*La palabra maternidad proviene del termino latino maternus, que significa materno o lo que toca a la madre. La maternidad ha sido entendida tradicionalmente como la procreación, crianza y educación de una mujer de uno o varios hijos. Los antropólogos distinguen entre mater, que es la madre cultural y socialmente reconocida, y la genatrix, que es la madre biológica real. La práctica de la adopción se funda en esta distinción, dando lugar a muchas discrepancias en las versiones emic y etic de la maternidad.<sup>62</sup>*

Según lo establecido en el Diccionario de la Real Lengua Española, maternidad significa en primera acepción “estado o cualidad de madre” y considero que en sentido estricto la maternidad es el estado o situación de madre, sin embargo se puede dar el caso de que una mujer porte a termino el embarazo en su útero sin desear ser madre y sin aportar tampoco el óvulo para la fecundación. En este

---

<sup>62</sup> OCTAVIO UÑA Juárez, HERNÁNDEZ SÁNCHEZ Alfredo, Diccionario de Sociología, edit. Esic, Madrid 2004, p. 879.

ultimo caso, la mujer solo permite que se desarrolle y viva un nuevo ser, por ello se le nombra madre biológica.

La maternidad también se establece como una situación jurídica, que esta vinculada a la procreación, por lo tanto se originan derechos y obligaciones. Mientras que en cuestión laboral las mujeres tienen derechos concernientes a la maternidad y en la Ley General de Salud es considerada como una situación reproductiva de gestación y embarazo, y se establece en el Artículo 61 de la ley General de salud la cual denomina a la maternidad como “*atención materno infantil.*”

*Artículo 61.- La atención materno-infantil tiene carácter prioritario y comprende las siguientes acciones:*

*I. La atención de la mujer durante el embarazo, el parto y puerperio.<sup>63</sup>*

*“El concepto legal de maternidad se toma de la legislación de seguridad social, la cual dispone en el Reglamento de los Servicios Médicos del IMSS, que la maternidad es:*

*Artículo 28.-*

*II. Estado fisiológico de la mujer originado por el proceso de la reproducción humana en relación con el embarazo, el parto, el puerperio y la lactancia.<sup>64</sup>”*

En el entorno social se valora predominantemente a la mujer como madre, el cual otorga detrimento en otros aspectos de su desarrollo. Además surge un conflicto emocional y psicológico no solo de la mujer sino también de su pareja, cuando se dan cuenta que no pueden procrear y que no están preparados para afrontarlo. La ausencia de embarazo causa en el entorno social y cultural un padecer a las

---

<sup>63</sup> Ley General de Salud, p 18

<sup>64</sup> KURCZYN VILLALOBOS Patricia, Derechos de las mujeres trabajadoras. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.2000, p53.

personas que la experimentan, además de provocar desigualdades sociales, de género, y un detrimento en la calidad de vida de las parejas, ya que el status femenino y masculino, tiene incidencia en la sociedad, donde la procreación se considera parte de los papeles sociales y culturales esperados.

### **A.- Subrogación**

En esta investigación se le denomina subrogación a sustituir una persona por otra; no obstante la palabra subrogación significa sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra; además es un término que se utiliza en el ámbito del derecho. La subrogación es una forma de transmitir las obligaciones, por lo que es necesario dar a continuación el significado de la palabra y su concepto en el ámbito jurídico. La doctrina afirma que hay tres clases de subrogación, las cuales son: subrogación personal, subrogación personal legal y subrogación personal convencional. En estas figuras lo que se transmite es un cambio de acreedor, cambio de acreedor preferente por ministerio de ley y derechos que se tienen en contra de un deudor. Así tenemos que en el Código Civil Federal y para el Código Civil para el Distrito Federal la subrogación se establece en el Artículo 2058.

*Artículo 2058.- La subrogación se verifica por ministerio de la ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados:*

- I. Cuando el que es acreedor paga a otro acreedor preferente*
- II. Cuando el que paga tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligación;*
- III. Cuando un heredero paga con sus bienes propios alguna deuda de la herencia;*
- IV. Cuando el que adquiere un inmueble paga a un acreedor que tiene sobre el un crédito hipotecario anterior a la adquisición.*

La subrogación es la sustitución de una cosa por otra en un patrimonio determinado, existiendo una relación entre la salida de un bien y la entrada de otro bien, y conservándose la misma situación jurídica del objeto originario. Sin

embargo esta situación la encontramos en cualquier compraventa o negocio jurídico oneroso sin necesidad de aplicar la idea de subrogación, pues los nuevos bienes quedan sujetos, al menos, a la responsabilidad de las deudas del titular del patrimonio.

*Joaquín Martínez Alfaro, señala lo siguiente. “Subrogación personal es un modo translativo de las obligaciones a título particular y entre vivos, que puede ser por disposición de la ley o por voluntad de las partes y que se efectúa mediante el cambio del acreedor, quien transmite, a un tercero llamado subrogado, los derechos que tiene contra su deudor, en virtud del pago o del préstamo que hace el tercero subrogado; comprendiendo la subrogación los derechos accesorios y los intereses vencido.”<sup>65</sup>*

La subrogación es la transmisión de obligaciones a título particular entre vivos para que otra persona cumpla con las obligaciones, que dicho acto le ocasioné y se lleva acabo frecuentemente por amistad por lo que el tercero solo puede obtener el monto del pago que efectuó y no se establece el consentimiento del acreedor pues no lo necesita debido a que se da aun en contra de la voluntad del acreedor y del deudor. Sin embargo en la subrogación personal legal el tercero tiene un interés jurídico y paga al acreedor o presta para que se le pague y en la subrogación personal convencional se tiene dos modalidades; la primera es consentida por el acreedor y se distingue por la celebración de un contrato entre el subrogante y el tercero llamado subrogado en el cual estipulan los derechos en contra del deudor y la segunda es consentida por el deudor y se caracteriza por la celebración del contrato entre el deudor y el tercero, siendo este quien presta dinero al deudor para pagar.

Aunque en esta investigación se menciona la palabra subrogación no se va a utilizar para denominar una transmisión de obligación sino para designar a la

---

<sup>65</sup> MARTÍNEZ ALFARO Joaquín. Teoría de las Obligaciones, Porrúa, México, 2005, p. 260.

sustitución de una persona por otra, por ejemplo para la situación de la maternidad subrogada se hace alusión a la sustitución de una mujer por otra sin atribuirle el significado que se menciona en el Código Civil Federal y el Código Civil para el Distrito Federal.

## **B.- Maternidad Subrogada**

La maternidad subrogada o madre sustituta, es una figura que puede resolver problemas de reproducción por causa de infertilidad, pero afecta las relaciones jurídicas entre la madre, padre y el concebido, por lo tanto se recomienda una reflexión profunda y un análisis exhaustivo, de su posible realización, así como sus consecuencias y ante esto es necesario mencionar algunos aspectos de la maternidad subrogada, la cual se define como:

*Acuerdo por medio del cual una mujer carga una criatura en su vientre hasta el momento del parto, con el fin de que otra mujer sea la madre del mismo ante la sociedad.*<sup>66</sup>

*La maternidad subrogada, (surrogacy), portadora o de alquiler ha sido definida por el informe Warncock (Inglaterra) como la practica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca.*<sup>67</sup>

Según la doctrina se entiende por maternidad subrogada la práctica destinada a la gestación de otra mujer que no es la madre para procrear y/o sobrellevar, la cual esta sujeta a un compromiso y una vez nacido el niño, es entregado a la mujer o pareja que encargo la gestación, renunciando la gestante a cualquier derecho maternal o de filiación con ese niño.

---

<sup>66</sup> VERA RAMÍREZ Eduardo, El contrato de la Maternidad Subrogada: argumento a favor y en contra de concederle eficacia, Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, Numero 63. 1997, p 515.

<sup>67</sup> Report of Comité of Inquiry into Human Fertilization and Embryology, Cmnd 9314, Julio 1984, pag. 42. Informed Warnock.

Para comprender la figura de la maternidad subrogada, se tiene que analizar, que mediante su realización, se generan varias modalidades; por lo que a continuación se presentan las siguientes:

1) *Subrogada gestacional incompleta*. Es cuando la gestante porta el embrión, pero este es la unión de espermatozoide y ovulo de la pareja contratante que no puede llevar a término un embarazo.

2) *Subrogada remunerativa*. Se da cuando la mujer gestante acepta ser contratada, y por el cual se paga una cantidad cierta y determinada.

3) *Subrogada altruista*. Es la situación en donde la gestante acepta de manera gratuita el desarrollo del embrión en su vientre.

4) *subrogada gestacional con donante de óvulos*. Se da cuando aparte de la mujer subrogada, interviene una donante de óvulos, con la inclusión del espermatozoide del futuro padre. El embrión obtenido se transfiere a la portadora, que es una persona distinta a la donante de óvulos.

Esta figura se puede contemplar como un acuerdo de útero y ser asimilada a la adopción o estar contenida en la regulación contractual general, o simplemente estar bajo lo acordado por las partes, y considerar la creación de una normatividad mexicana actual, incluyendo la cuestión social de la maternidad sustituida, la cual debe reglamentar todos los aspectos relacionados con las legislaciones en materia de salud, cuestión familiar, así como de los derechos y obligaciones derivados de la misma. Además se tiene que considerar que en relación a la maternidad sustituida, no debe ser un acto lucrativo; pero, si lo es, tampoco debe ser considerada como un servicio al cual se le tenga que remunerar cierta y determinada cantidad.

Considero que la figura de la maternidad subrogada, solo debe realizarse para el caso de infertilidad, cuando su situación fisiológica de la pareja no permita la procreación, o sea imposible aportar su propio material genético para la concepción del nuevo ser, cuyo embrión será implantado en el vientre de la mujer

que voluntariamente acepta, realizando el embarazo con la intención de entregar al niño al nacer, a la pareja que lo ha encargado.

*El número de embriones transferidos no debe exceder de tres con el fin de disminuir el riesgo de embarazo, ya que una tercera parte de los embarazos viables terminan en parto pretérmino, lo cual eleva la incidencia de recién nacidos de bajo peso, mortalidad in útero y perinatal.<sup>68</sup>*

La utilización de esta técnica puede solucionar el problema de procreación por infertilidad, ya sea por malformación, tamaño, o lo que impida la gestación, y no para las tergiversaciones que pudieran existir si se diera el caso de contemplarla en la normatividad mexicana. De acuerdo a lo anterior, la maternidad subrogada o madre gestante sustituida es aquella en cuyo útero se implantara un embrión, siendo el producto de la fecundación del óvulo y del espermatozoide, con el fin de que en el útero de la mujer sustituta, lleve a cabo el proceso de gestación hasta el nacimiento. La madre subrogada acordara legalmente la entrega del producto a la mujer que la contrata, ya sea que haya provisto o no el óvulo, para que esta última ejerza la maternidad, y sin que medie remuneración económica ni pueda existir reclamo legal posterior sobre el niño nacido en esta circunstancia.

Lo importante será, a fin de cuentas, que nuestras leyes consideren una realidad, regulando lo que ahora son hechos consumados e impulsando el conocimiento y el avance científico-técnico de nuestra nación, sin descuidar las consideraciones éticas que deberán hacerse en un marco de respeto al Estado mexicano.

---

<sup>68</sup> CARRANZA CIRA Sebastián, Fundamentos de Endocrinología, Genética y Reproductiva. Edit. Masson Doyma, 2003, p. 228

### **C.- Problemas implícitos en la práctica de la maternidad subrogada**

En cualquier sistema jurídico hay controversia respecto de los avances científicos, por ejemplo lo que sucede con las manipulaciones genéticas, las técnicas de la reproducción humana; las cuales ocasionan que en la legislación existente no están contempladas las posibles soluciones, generando posturas, que pugnan por un rechazo a toda interferencia de la ciencia en los procesos naturales.

Para el caso de la maternidad subrogada se debe tomar en cuenta los principios de autodeterminación de la mujer sobre el propio cuerpo, y por consiguiente el derecho a la maternidad voluntaria, así que la maternidad subrogada es solo admisible bajo la forma altruista y gratuita dándole una solución al estado de infertilidad. Esta forma de reproducción humana plantea problemas tanto morales como jurídicos.

En la postura moral se establece que ninguna persona puede ser usada como un instrumento para fines ajenos y que no se justifica éticamente la implantación de un embrión en el útero de otra mujer. Consecuentemente la maternidad sustituta ha recibido el rechazo de la doctrina y generalmente la prohibición legislativa en razón de los múltiples problemas de filiación, paternidad y/o maternidad que plantea, además de numerosas objeciones de índole moral y religiosas.

*Desde el punto de vista ético y moral, este procedimiento es contrario a la unidad del matrimonio y a la dignidad de la procreación humana, representa una falta objetiva contra las obligaciones del amor materno, de la fidelidad conyugal y de la maternidad responsable; ofende la dignidad y el derecho del hijo a ser concebido, gestado traído al mundo y educado por los propios padres; instaura, en detrimento de la familia, una división entre los elementos físicos, psíquicos y morales que la constituyen.<sup>69</sup>*

---

<sup>69</sup> GARZA GARZA Raúl, bioética la toma de decisiones en situaciones difíciles, edit. Trillas 2003, p. 213.

La maternidad subrogada gestacional, se debe asimilar a la adopción, adquiriendo así la protección de la legislación mexicana, por lo que no se distorsiona la unidad de la familia ni la dignidad de quien es concebido. En la práctica no hay disposición jurídica de carácter federal y local que la prohíba, y tampoco esta regulada la maternidad subrogada como tal.

*Por otro lado están los argumentos basados en similares objeciones que son opuestas al uso de gametos de terceros, y los argumentos basados en la fuerza de la relación natural entre madre e hijo. Desde otro punto de vista se alega que tales contratos son contrarios a la dignidad de las personas, tanto de las madres subrogadas como de los nacidos por causas de estos contratos, con los cuales esta postura considera que se comercia y son vendidos.<sup>70</sup>*

Hay personas que piensan que la maternidad subrogada es un insulto hacia las mujeres y niños, y que es una amenaza a los valores familiares tradicionales y que redefine la situación jurídica respecto de la diversidad biológica. También esta la posibilidad de las implicaciones psicológicas del donador o familiar, por lo tanto se tiene que ayudar a las partes que intervienen en esta técnica a través de tratamiento psicológico.

En la legislación de salud se incluye lo que se entiende por células germinales, embrión, feto, receptor, considerando la materia de la conservación, disposición, donación, banco de órganos, tejidos y células, otorgando así, la posibilidad de la experimentación y manipulación genética de los embriones. Consecuentemente se plantea una clase distinta de problemas, también abiertos por las nuevas tecnologías, ya que no se trata de un problema, sino de una pluralidad de problemas, tan diversas y heterogéneas conductas relevantes: desde los simples diagnósticos prenatales a las intervenciones terapéuticas o eugenésicas sobre el

---

<sup>70</sup> LEMA AÑON, Carlos, Reproducción, poder y derecho, Madrid, Trota, 1999, p.139.

embarazo, desde el uso de tejidos embrionales ya disponibles con fines terapéuticos hasta utilización de otros tipos de manipulación genética.

*El problema es relativamente simple cuando se trate de intervenciones terapéuticas o eugenésicas sobre el embrión, ya sea concebido como persona en cuanto tal o, por el contrario. En estos casos se ha de hablar, sin duda, si no de un derecho del embrión, sí de una legítima tutela de su identidad e integridad genética que excluya jurídicamente intervenciones lesivas o arbitrarias; en particular, que impida la clonación de seres humanos, y más aún la creación de seres humanos con caracteres instrumentales para fines ajenos. Entonces, el problema es de límites entre intervenciones lesivas o arbitrarias e intervenciones terapéuticas. ¿Cuándo una intervención es lesiva, arbitraria o fútil, y por ello injustificada y cuándo es terapéutica?. La respuesta es fácil en abstracto: sería de esta última clase cuando se produzca en el interés exclusivo de la futura persona, de acuerdo con la ya recordada máxima kantiana según la cual ninguna persona puede ser tratada como cosa, es decir, como medio para fines ajenos. Pero no es tan fácil en concreto.<sup>71</sup>*

*Si se otorga la posibilidad de utilización o de la creación de embriones con fines terapéuticos guarda relación con la posible explotación de las mujeres en cuanto ha productoras de ovocitos. A causa del coste de estas terapias, podría darse una discriminación entre personas y países ricos que pueden permitírselo y personas y países que no sólo no pueden permitírselo sino que acabarían por ser los principales proveedores de ovocitos, ciertamente no será fácil, por más que se quiera, elaborar técnicas adecuadas de garantía contra semejantes formas de explotación y de discriminación.<sup>72</sup>*

---

<sup>71</sup> LUIGI, Ferrajoli, La cuestión del embrión entre derecho y moral, Revista Jueces para la democracia, Información y debate, Madrid, 15 de julio de 2002, núm.44,p.3-12.

<sup>72</sup> Idem, p. 7.

Si la figura de la maternidad subrogada se considera como un contrato surgen problemas ya que para nuestro sistema jurídico si llegase a realizarse este contrato sería nulo e ilícito, por causa de su objeto, siendo que las partes del cuerpo humano no se consideran dentro del comercio. Frente a estas limitaciones la postura más favorable es proponer que estas prácticas sean asimiladas a la adopción o simplemente quedara bajo la regulación de una escritura pública manifestando el acuerdo entre las partes ante un notario público y por lo tanto sobre lo acordado por las partes.

Otra cuestión que ocasiona problemas y no solo a la maternidad subrogada, son las técnicas de reproducción asistida, en especial en la cuestión de la filiación, ya que origina problemas legales para determinar la paternidad, así como la maternidad. Con respecto a esta situación la Doctora Irene López Faugier expone la prohibición de la realización de esta figura y su implementación en el sistema legal, además se plantea algunas dudas como la posibilidad de impugnar la maternidad o paternidad, y los posibles derechos de heredar.

*Por otra parte, en cuanto las disposiciones jurídicas relativas a las técnicas de reproducción asistida, se debe destacar que el Código Civil para el Distrito Federal, no establece expresamente la forma de determinar la filiación en estos casos. Esa determinación se puede deducir más bien indirectamente, de los preceptos relativos al uso de este tipo de métodos para concebir descendencia durante el matrimonio y el concubinato.<sup>73</sup>*

Existe un problema con las instituciones, tanto públicas como privadas, para la realización de las técnicas de reproducción asistida incluyendo la maternidad subrogada, ya que no se conoce realmente la situación de estas clínicas, así como de su personal, y de igual forma no cumplen con las perspectivas buscadas por la pareja.

---

<sup>73</sup> LOPEZ FAUGIER Irene, La Prueba Científica de la Filiación, Edit. Porrúa, México 2005 p.174.

Durante la investigación me percate que hay pocos Hospitales que tienen la especialización en reproducción humana y que dependen de la Secretaria de Salud como son: el Departamento de Reproducción Asistida del Instituto de Perinatología, y el Hospital de la Mujer, asimismo la Secretaria de Salud emite permisos a las clínicas privadas especializadas en las técnicas de reproducción asistida, sin embargo no existe una regulación que contemple todos los procedimientos que estas puedan realizar. Además esta latente el riesgo de que la subrogada, al momento de nacer el producto, se niegue a entregarlo, a pesar de su consentimiento firmado, y como en la mayor parte de los países a la que pare el hijo se le considera la madre esto conlleva riesgos importantes.

Para el caso que se utilice la donación de semen, óvulos y embriones para la realización de la maternidad subrogada o para las Técnicas de reproducción asistida, surgen interrogantes y una de ellas es: realmente las instituciones están preparadas para realizar estas técnicas, ¿cuales son los criterios que utilizan los centros de reproducción para seleccionar a las personas donantes?, además para la selección de donantes conlleva a una discriminación racial.

De igual forma surgen interrogantes entre las instituciones de salud pública o privada ya que hay que cuestionar si tienen realmente la posibilidad de tener un banco de óvulos, de semen, o de embriones, ¿cual es su criterio para su conservación mediante la crio conservación?, y ¿quien ejerce la propiedad sobre estas células?, asimismo en que condiciones se celebra el acuerdo entre la pareja infértil y el banco.

Otro aspecto es la cuestión de los principios de control sanitario, así como la situación de la información que debe proporcionar a quien lo solicita, y que sucede respecto del donador, realmente hay una prohibición legal de que se conserve su anonimato o se debe considerar que los concebidos por medio de esta técnica tienen el derecho de conocer su origen biológico, con respecto al hijo concebido así lo solicite. Mientras en la maternidad subrogada hay algunas interrogantes por

ejemplo que características deben tener las mujeres gestantes y cuales serian los criterios para seleccionar ha estas mujeres. De acuerdo a lo anterior es necesario contemplar una Legislación en reproducción humana y que las partes no asuman un estado de indefensión.

#### **D.-Conceptos generales entorno a las nuevas técnicas de reproducción humana**

Cuando se dieron a conocer los avances científicos en cuanto a la tecnología reproductiva, se ha tratado por definir el campo de estudio y precisar cuales son los limites y alcances que se deriven de las relaciones de la ética y las jurídico-familiares, por ejemplo la aplicación de las técnicas de reproducción asistida implican la necesidad de replantear los principios jurídicos reconocidos hasta ahora para la maternidad y paternidad, ya que con uso de estas técnicas, estas figuras se han distorsionado. Lo cierto es que no se puede separar la ciencia de la ética, así como del derecho y aunque el ritmo científico sea más acelerado que de las instituciones jurídicas y de las consideraciones filosóficas que lo acompañan, no se pueden desligar.

La ausencia de una legislación que reglamente el uso de estas técnicas o métodos de reproducción asistida, traen como consecuencia que se pierda la esencia para la cual deben ser utilizadas, ya que su fin es auxiliar a las parejas que no tienen posibilidad de procreación, ya sea por infertilidad o cualquier consecuencia patológica, y que seria una de las finalidades del matrimonio y la creación de la familia como núcleo de la sociedad.

En la actualidad la procreación humana se puede lograr a través de la reproducción asistida la cual se define como:

*Al empleo de tecnología altamente especializada que sustituye o complementa al contacto sexual para que la fertilización ocurra.*<sup>74</sup>

---

<sup>74</sup> PEREZ PEÑA Efraín, Infertilidad, Esterilidad y Endocrinología de la Reproducción un enfoque integral, 2° edición, editorial Salvat p.645.

La reproducción humana es el medio natural que los seres humanos han hecho durante millones de años para procrearse. Sin embargo, es necesario partir del supuesto de que no todos los seres humanos pueden hacerlo y para algunas parejas es difícil y en el peor de los casos imposible; esta reproducción humana puede ser de dos tipos:

1. La reproducción humana natural que consiste en la unión íntima sexual de hombre y mujer.
2. La reproducción humana asistida, consiste en la intervención de terceras personas, haciendo uso de los recursos y medios tecnológicos que la ciencia ha aportado, con la única finalidad de generar e inclusive hasta manipular la reproducción humana.

*Como se ha mencionado anteriormente no todas las parejas tienen la capacidad de procrear; a veces por diversas dificultades, aisladas o combinadas, no puede lograrse el embarazo normal y estas causas pueden estar relacionadas con alteraciones anatómicas o bioquímicas.<sup>75</sup>*

*Se denomina reproducción asistida al empleo de tecnología avanzada que incluye la manipulación de gametos y/o embriones y complementa al contacto sexual para que la fertilización ocurra. Puede dividirse en de baja, moderada y alta complejidad, con diferentes posibilidades, riesgos e implicaciones médicas, éticas, religiosas, psicológicas, legales.<sup>76</sup>*

La reproducción asistida ha mejorado notablemente el pronóstico de las parejas infértiles y más de un millón de niños en el mundo han sido concebidos de esta manera. Por lo que considero analizar una reglamentación más clara de cada una

---

<sup>75</sup> GARZA GARZA Raúl, bioética la toma de decisiones en situaciones difíciles, edit. Trillas 2003, p.190.

<sup>76</sup> PEREZ PEÑA Efraín, Atención integral de la infertilidad, endocrinología, cirugía y reproducción asistida. McGraw-Hill, 2003 p.491.

de las Técnicas de Reproducción Asistida, clasificándolas en Técnicas de Reproducción Asistida de baja complejidad, moderada complejidad y Técnicas de Reproducción Asistida de mayor complejidad, así como sus aspectos prácticos, algunos problemas en torno a ellas, incluyendo sus procedimientos como sus resultados.

*Algunas técnicas de reproducción asistida de baja complejidad comprenden la inseminación intrauterina de espermatozoides del esposo o de donador en fresco o después de descongelación y técnicas derivadas como la perfusión espermática turbaría. Se consideran técnicas de moderada complejidad a la fertilización in vitro y transferencia de embriones y a modalidades derivadas de ellas como la transferencia intratubaria de gametos, de pre cigotos en estadio de pro núcleos, de cigotos, de embriones y variantes de estas mismas técnicas.<sup>77</sup>*

*En la actualidad las Técnicas de reproducción asistida de mayor complejidad incluyen micro manipulación de gametos y la técnica mas utilizada es la inyección intracitoplásmica de espermatozoides. Otras son: la micro manipulación de la zona pelucida para su fragmentación, remoción con micro manipulación de fragmentos entre blastómeros, el cultivo prolongado hasta etapa de blastocito y el diagnostico genético pre implantación.<sup>78</sup>*

### **Inseminación terapéutica (IAH E IAD)**

La inseminación artificial es, sin duda alguna, la técnica de reproducción asistida más antigua, con mayor tendencia a lo natural y por tanto que más se efectúa para el manejo de la pareja con esterilidad.

---

<sup>77</sup> Idem, p.493.

<sup>78</sup> CARRANZA CIRA Sebastián, colab., Fundamentos de Endocrinología, Ginecología y Reproductiva, Masson Doyma México, 2003,p.217

*Se define como el depósito del semen (El semen puede provenir del esposo o compañero (homóloga), o de un donador (heteróloga)) previamente capacitado dentro del tracto genital femenino, en una paciente previamente hiperestimulada ováricamente y en un periodo comprendido dentro de la ventana ovulatoria, con el fin de conseguir un embarazo.<sup>79</sup>*

### **Inseminación artificial homóloga**

Esta técnica se define como el depósito de espermatozoides en la pareja en forma no natural en el tracto reproductivo de la mujer con la finalidad de conseguir gestación. El requisito para su realización consiste en la integridad de las trompas uterinas.

*El número de intentos no deberá ser mayor de cuatro, ya que los resultados no se incrementan cuando se excede de este número, y posiblemente solo se justificaría en los casos de esterilidad de causa no determinada. Las complicaciones que se pueden encontrar en esta técnica son las derivadas de la propia técnica, como infección pélvica y la reacción anafiláctica; las derivadas del uso de fármacos que inducen desarrollo folicular, como el embarazo múltiple y la hiperestimulación ovárica.<sup>80</sup>*

### **Fertilización in vitro y transferencia de embriones**

El término "fertilización in vitro" se refiere a la unión del espermatozoide y el óvulo fuera del organismo y en la actualidad esta técnica se puede utilizar en la maternidad subrogada, y en la donación de óvulos.

*En su inicio esta técnica fue estructurada para manejar casos donde se demostraba afección de las trompas uterinas; sin embargo, dados los*

---

<sup>79</sup> VAZQUEZ BENITEZ Efraín y Colaboradores, Medicina Reproductiva, edit. Manual Moderno, Reproducción Asistida. Indicaciones, Claudio F. Serviere Zaragoza, 2003 p.285.

<sup>80</sup> idem, p. 222.

*resultados actuales, su aplicación ha llevado a otras causas de esterilidad, como endometriosis, infertilidad masculina y esterilidad de causa no explicada.<sup>81</sup>*

*Requiere de un útero normal, al menos un ovario funcionando y accesible para la obtención de oocitos y una muestra espermática aceptable.<sup>82</sup>*

*La fertilización in vitro consiste en colocar una cantidad determinada de espermatozoides directamente sobre el (los) ovocito(s). Se efectúa de la siguiente manera primero es la recolección de óvulos de la madre con estimulantes de la ovulación y se vigila el crecimiento por ultrasonografía, se diagnostica el día de la ovulación se le hospitaliza uno o dos días antes de esto para preparar a la recolección de óvulos; después se realiza en el quirófano una laparoscopia, llegando a los ovarios y puncionando los folículos desarrollados, obteniendo por aspiración del liquido folicular los óvulos que serán fecundados. Estos se colocan en una caja de petri con medio de cultivo. En el siguiente paso se obtiene el semen del esposo se añade medio de cultivo. Después se unen, en distintos recipientes cada uno de los óvulos obtenidos con los espermatozoides seleccionados y se mantienen en incubación durante 15 a 20 horas en las cajas de Petri. En la fase de división celular entre 8 y 16 células, se transfieren los embriones al útero de la madre por vía transcervical y por medio de un catéter delgado.<sup>83</sup>*

En la transferencia de embriones el resultado de los embarazos son:

---

<sup>81</sup>CARRANZA CIRA Sebastián, colab., Fundamentos de Endocrinología, Ginecología y Reproductiva, Masson Doyma México, 2003,p 223

<sup>82</sup> PEREZ PEÑA Efraín, Infertilidad, Esterilidad y Endocrinología de la Reproducción un enfoque integral. JGH Editores, México, p.690.

<sup>83</sup> GARZA GARZA Raúl, bioética la toma de decisiones en situaciones difíciles, edit. Trillas 2003, p. 196.

*Una tercera parte de los embarazos viables terminan en parto pre terminado, lo cual eleva la incidencia de recién nacidos de bajo de peso (menos de 2. 500 g). Los abortos espontáneos ocurren en 18% y el embarazo ectópico en 5.4%. En los embarazos únicos, los recién nacidos pre terminado, recién nacidos con bajo peso al nacimiento y la mortalidad perinatal son similares a los de la población en general. La complicación más frecuente es el embarazo múltiple y también en el momento de la punción vaginal ocurren con menor frecuencia infecciones posoperatorias y hemorragias vaginales.<sup>84</sup>*

### **Transferencia de gametos, cigotos y embriones**

La transferencia es la acción de alojar los gametos, el embrión o cigotos obtenidos tras la aplicación de un procedimiento de FIV en el interior de la cavidad uterina o de las trompas uterinas, con objeto de conseguir una gestación.

*Esta técnica consiste en la transferencia de cigotos a las trompas de falopio por vía laparoscópica. Esta técnica requiere la captación ovocitaria transvaginal previa y el inicio del proceso de fecundación in vitro, de forma que los pre-embryones alcancen las primeras 24 horas de desarrollo, momento en el que han formado 2 pronúcleos y han extruido 2 corpúsculos polares, lo que caracteriza al estadio de cigoto.<sup>85</sup>*

### **Transferencia intratubaria de gametos**

Según Ricardo Asch describió la técnica en 1985, la cual consiste en una preparación similar a la de FIV, con la diferencia de que la captura ovular es por laparoscopia o mini-laparotomía. Se identifican los ovocitos, a los cuales se les insemina 100 000 espermatozoides en promedio mediante un catéter de transferencia, el cual se coloca en la región ampular de la salpinge en donde se

---

<sup>84</sup> CARRANZA CIRA Sebastián, colaboradores GAONA ARREOLA Ranferi, VILLEGAS MORENO Gerardo. Fundamento de Endocrinología, Ginecología y Reproductiva, Masson Doyma, México, 2003 p. 228.

<sup>85</sup> REMOHI J, ROMERO J. L., PELLICER A., SIMON C., NAVARRO J., Manual Practico de Esterilidad y Reproducción Humana. Madrid, España; McGraw-Hill Interamericana, 2000.p.175.

inyecta el contenido. En esta técnica se procura transferir dos ovocitos en cada salpínges. Por tal motivo, el requisito primordial es la existencia de salpínges sanas.

*Consiste en la transferencia por vía laparoscopia de gametos femeninos y masculinos a la región ampular de la trompa. Esta técnica se fundamenta en el hecho de facilitar la inseminación cerca del lugar donde normalmente ocurre la fecundación natural, permitiendo de esta manera el desarrollo y crecimiento del embrión in vivo.<sup>86</sup>*

### **Transferencia intratubaria de embriones**

*Esta técnica es híbrida entre GIFT y FIV, ya que aquí la transferencia intratubaria es de embriones. Se le denomina de manera diferente según sea el estadio del huevo fecundado: ZIFT para cigotos, PROST para cigotos o embriones en la etapa pronuclear, o TET o TEST para embriones de 2 a 8 células. Para simplificar, aquí nos referiremos en general a estas técnicas como ZIFT. La técnica consiste en HOC, aspiración de oocitos por ultrasonografía vaginal, evaluación microscópica de los oocitos preparación de los espermatozoides, FIV documentación de la fertilización y transferencia tubaria (8-52 horas después de la aspiración de los oocitos) por vía laparoscópica o minilaparotomía. Aun esta en fase experimental y sin buenos resultados la vía trans-vaginal-transcervical para la transferencia tubaria.<sup>87</sup>*

### **Transferencia citoplásmica y nuclear**

*Para parejas de edad avanzada que insisten en obtener un embarazo con su propia carga genética, la transferencia de citoplasmas de oocitos de mujeres jóvenes fértiles, a oocitos receptores de mujeres añosas, pretende proporcionar factores citoplásmicos que influyan favorablemente en los procesos de reactivación de la meiosis,*

---

<sup>86</sup> Idem, p.176.

<sup>87</sup> PEREZ PEÑA Efraín, Infertilidad, Esterilidad y Endocrinología de la reproducción un enfoque integral, edit. Salvat, México, p.655.

*fecundación y activación del genoma embrionario el espermatozoide y el citoplasma donado se inyectan al mismo tiempo. Se utiliza menos de 15% del citoplasma del oocito donador y este sirve para más de un receptor. Para prevenir aneuploidias en mujeres añosas se ha utilizado la transferencia nuclear en estadio de vesícula germinal en donde se transfiere de la mujer añosa el núcleo de un oocito en esa fase con un poco de citoplasma circulante a un oocito anucleado de donadora al que por medio de electrodos se pasa impulso de corriente eléctrica para reactivar y luego se incuba para la maduración y posterior utilización en técnicas de reproducción asistida estas técnicas son experimentales y se desconocen las consecuencias a largo plazo, en especial por ser mas agresivas y por que involucran heteroplasma, es decir un cierto grado de mezcla de DNA mitocondrial de donadora y receptora.<sup>88</sup>*

### **Inyección espermática intracitoplasmática**

Esta técnica consiste en la introducción de un espermatozoide, mediante una micropipeta de aproximadamente 5µm de diámetro, directo al citoplasma del ovocito, superando de esta manera las etapas iniciales del mecanismo de fertilización.

*El ovocito es sujetado mediante una micropipeta, de tal forma que el cuerpo polar se encuentre en la posición de las 11 a las 12 de las manecillas del reloj, o bien de las 7 a las 6 horas. Los resultados obtenidos de la técnica de inyección espermática intracitoplasmática son similares a los informados en la técnica de inseminación convencional en las parejas en las que la causa de infertilidad no se debe a anomalías en la muestra espermática.<sup>89</sup>*

---

<sup>88</sup> VAZQUEZ BENITEZ Efraín, Medicina Reproductiva, Manual Moderno, 2003, p.278.

<sup>89</sup> ibidem, p.229.

## **Donación de óvulos**

Para muchas mujeres es una opción viable para lograr un embarazo y es el empleo de óvulos provenientes de una donadora.

*Los óvulos se obtienen después de estimulación ovárica controlada y aspiración transvaginal guiada con ultrasonografía, se fertilizan in vitro con espermatozoides del esposo de la receptora y luego se transfieren a esta por vía transcervical.<sup>90</sup>*

*Los aspectos técnicos de la reproducción asistida varían según sea el procedimiento y la vía que se utilice. Las donadoras pueden ser anónimas o conocidas, en la mayor parte provienen de pacientes en programas de reproducción asistida, a las que les sobran oocitos, que previamente accedieran a donar si no se van a utilizar en ellas. En otros casos provienen de familiares conocidos o de jóvenes que aceptan donar sus óvulos. Las tasas de embarazos obtenidos con donaciones de oocitos son los mejores en los programas de reproducción asistida, en algunos centros alrededor de 50- 75% por intento. Pudiendo deberse esto a un tejido endometrial más receptivo por la terapia hormonal sustitutiva y la ausencia de HOC y también a la calidad de los oocitos donados por mujeres más jóvenes. La incidencia de abortos y embarazos ectópicos es muy baja. Las recipientes tienen en la mayoría de los casos, embarazos y partos sin complicaciones y pueden amamantar. Además de las complicaciones propias del procedimiento de reproducción asistida que se utilice, existen las implicaciones legales, psicológicas, éticas y médicas propias de la donación de gametos, algo similar a lo que sucede con la inseminación de espermatozoides de donador.<sup>91</sup>*

---

<sup>90</sup> PEREZ PEÑA Efraín, Atención integral de la infertilidad, endocrinología, cirugía y reproducción asistida. McGraw-Hill, 2003 p.2.

<sup>91</sup> PEREZ PEÑA Efraín, Infertilidad, Esterilidad y Endocrinología de la reproducción un enfoque integral, Salvat, México, p.656-657.

## **E.- La situación de la infertilidad en la mujer**

La facultad reproductiva inequívocamente esta asociada solamente a la mujer, asimismo la maternidad no debe ser una insignia que la represente como mujer, ya que para poder procrear se necesita de las dos células germinales, una del hombre y la otra de la mujer; y cuando la pareja no puede concebir, estas piensan que provoca mas alteraciones emocionales en la mujer que en el hombre, sin embargo Verónica Delgado Parra, psiquiatra y coordinadora de los Programas de Reproducción Asistida del Centro de Reproducción Genética del Hospital Ángeles del Pedregal, asegura que la *“infertilidad es un proceso que ocasiona efectos emocionales en ambos sexos. Tanto el hombre como la mujer, tiene reacciones de enojo y frustración y tienden a culparse a ellos mismos o a la pareja.”*

*La infertilidad es un serio problema de salud en México y a nivel mundial. La prevalencia de infertilidad encontrada de 17.5 por ciento es consistente con datos de otros países, si bien algunos estudios han arrojado prevalencias de problemas de infertilidad de hasta un 30 por ciento.<sup>92</sup>*

*De acuerdo con los lineamientos de la Organización Mundial de la Salud para cualquier enfermedad se requiere un enfoque biopsico-social. Así en el caso de la infertilidad se han realizado distintos abordajes de estudio. El enfoque biomédico ha generado una gran cantidad de información: tanto sobre la fisiopatología, como sobre esquemas e intervenciones diagnosticas y terapéuticas. Sin embargo, el enfoque antropológico (que analiza la dimensión sociocultural presente en la construcción de la infertilidad como problema) ha estado tradicionalmente ausente del análisis.<sup>93</sup>*

---

<sup>92</sup>Infertilidad. Walker Evans Dilys, Hernández Prado Bernardo y Suarez López Leticia., Análisis de la Encuesta Nacional de Salud Reproductiva 2003, p. 219.

<sup>93</sup> CASTEÑEDA JIMÉNEZ Elena, BUSTOS LOPEZ Héctor, La ruta del padecer de mujeres con diagnostico de infertilidad, Revista de Perinatología Reproducción Humana, Vol. 15, num. 2; Abril-Junio 2001, p.125.

*La infertilidad femenina primaria es la de la mujer que nunca ha estado embarazada. La infertilidad femenina secundaria es la de la mujer que ha tenido embarazos previos, aun de otra pareja.<sup>94</sup>*

*Según conceptos internacionales ahora adoptados en México, infertilidad es la incapacidad de una pareja para lograr una concepción después de un año de relaciones sexuales sin protección anticonceptiva, mientras que perdida gestacional recurrente implica la capacidad de lograra concepciones pero no hijos viables.<sup>95</sup>*

Desde mi punto de vista la infertilidad tanto como la esterilidad son problemas de salud pública y los recursos económicos de la mayoría de las parejas de nuestro país no son suficientes para superarlos, lo cual pone en riesgo sus metas y objetivos de la pareja.

Así tenemos que la reproducción asistida médicamente es una alternativa para las mujeres que por un largo tiempo se han sometido a los tratamientos convencionales y no han logrado concebir, permitiendo obtener embarazos en personas cuya infertilidad parecía definitiva.

*“Malhstedt reporta que tanto el diagnostico como el tratamiento de la infertilidad tienen un profundo impacto en la vida de las personas, ya que es un proceso que invade su cuerpo, su personalidad, su trabajo y su mente, debido probablemente a que los diagnósticos son con frecuencia vagos y no concluyentes y el tratamiento doloroso e intrusivo, requiriendo de una fuerte inversión de tiempo y dinero.”<sup>96</sup>*

---

<sup>94</sup> MANUAL DE LA OMS PARA EL ESTUDIO Y EL DIAGNOSTICO

<sup>95</sup> PEREZ PEÑA Efraín, Atención integral de la infertilidad, endocrinología, cirugía y reproducción asistida. McGraw-Hill, 2003 p.2.

<sup>96</sup> Citado por Castelazo Morales Ernesto, Morales Carmona Francisco, Carreño Meléndez Jorge, Estudios y terapéutica en infertilidad relación con el estado emocional. Medicina. Reproductiva, Asociación Mexicana de Medicina de la Reproducción A. C., EDIT. Manual Moderno 2006. p 247

**ARTÍCULO 68.** *Los servicios de planificación familiar comprenden:*

**IV.** *El apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana;*<sup>97</sup>

La infertilidad es un problema de salud, por lo tanto se menciona en la Ley General de Salud el apoyo y fomento a estas dificultades. Sin embargo se debe considerar la realización de una investigación integral, es decir, contemplando los programas y las instituciones capacitadas para realizar estas investigaciones. Por lo que al no contar con esta protección los pacientes se encuentran desprotegidos, pues se exponen a no recibir terapias apropiadas, con médicos que no estén capacitados y en instalaciones no adecuadas.

A estas condiciones se le suman otros factores, que son los causantes de la infertilidad, tales como el uso inadecuado de métodos de control natal, un aumento en la incidencia de enfermedades de transmisión sexual, el uso y abuso de la automedicación, el incremento de trastornos de alimentación (sobrepeso, bulimia, anorexia nerviosa).

*“La infertilidad femenina no puede ser considerada como un trastorno exclusivamente fisiológico, en tanto que afecta de forma relevante los ámbitos psicológico y social de las mujeres que la padecen”.*<sup>98</sup>

Lo expuesto anteriormente hace referencia a la infertilidad de la mujer sin embargo, cuando la pareja no puede procrear, sucede que se le atribuye esta situación la mujer, sin embargo puede suceder que el hombre presente problemas de infertilidad y en estas circunstancias en donde el marido tiene problemas de

---

<sup>97</sup> Ley General de Salud

<sup>98</sup> CASTELAZO MORALES Ernesto, Morales Carmona Francisco, Carreño Meléndez Jorge, Estudios y terapéutica en infertilidad en relación con el estado emocional. Medicina Reproductiva, Asociación Mexicana de Medicina de la Reproducción A. C., EDIT. Manual Moderno 2006. p247.

infertilidad es difícil de aceptar y causa problemas emocionales ya que pueden sentirse menos viriles e inclusive considerarse como fracasados.

Ante esto el Estado a través de la implementación de programas de salud reproductiva debe contener los aspectos tanto de la infertilidad femenina como la masculina y desempeñar una función importante que es la de ayudar a las parejas para comprender la infertilidad, además de ofrecer la información y asesoramiento para que estas parejas infértiles puedan encontrar una solución en las clínicas dedicadas a ofrecer estos servicios.

Datos de la Encuesta Nacional de Salud Reproductiva 2003 establece que *“la infertilidad primaria se refiere a parejas que no pueden iniciar un embarazo y que nunca han estado embarazadas. La infertilidad secundaria se refiere a parejas que, habiendo estado embarazadas anteriormente (ya sea de embarazos terminados en aborto o en un nacimiento), no pueden concebir posteriormente por un periodo de al menos un año. Un 17.5 por ciento de las mujeres en la Ensar 2003 reporto infertilidad; las tasas de esta fueron similares en áreas rurales (18 por ciento) y urbanas (17.4 por ciento)”*.

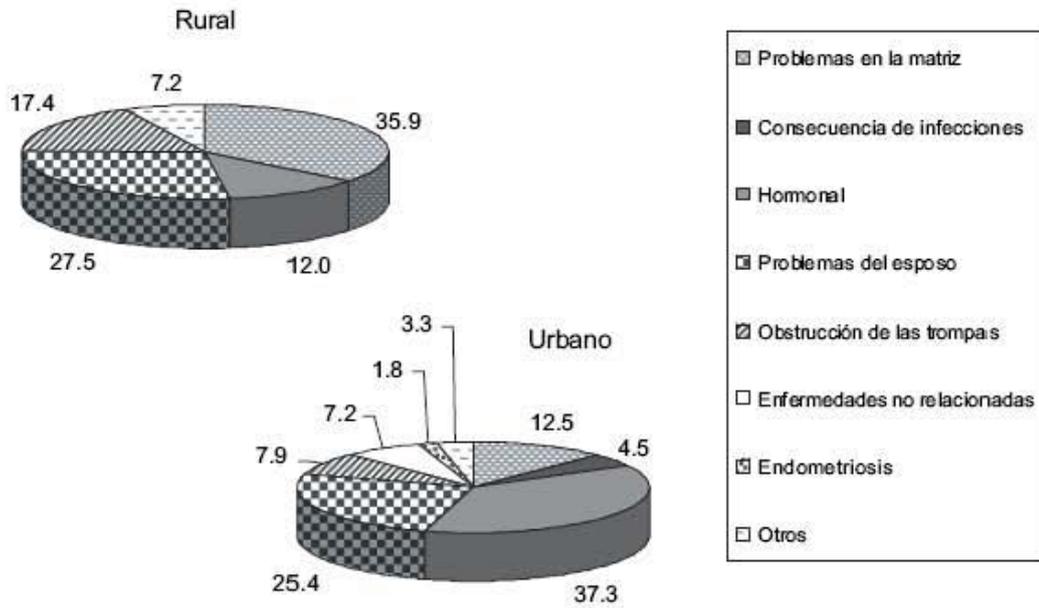
En la Encuesta Nacional de Salud Reproductiva 2003 menciona factores masculinos más comunes los cuales son: *la astenozoospermia y dificultades de erección que constituyen un 20 por ciento de los casos.*<sup>99</sup>

La astenozoospermia es cuando la espermatogenesis puede ser deficiente o ausente, es decir anomalías morfológicas e inmadurez de los espermatozoides. Con respecto a las dificultades de erección se originan por causas psíquicas, discapacidades o de origen hormonal. A continuación se muestran resultados de la Encuesta Nacional de Salud Reproductiva 2003 acerca de la infertilidad.

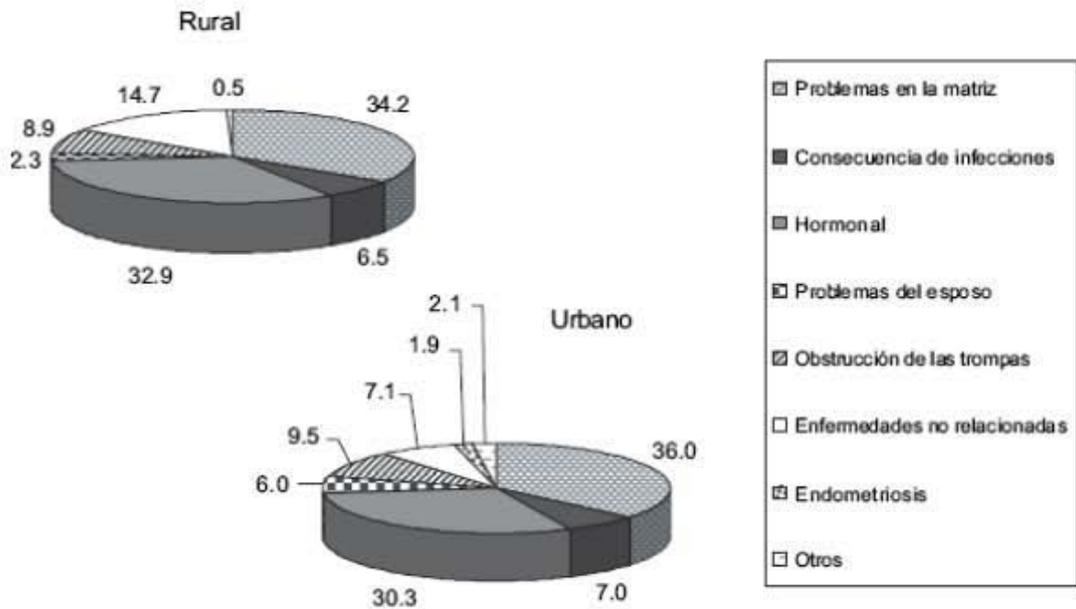
---

<sup>99</sup> Análisis de la Encuesta Nacional de Salud Reproductiva 2003. Secretaria de Salud, Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias, UNAM, México 2007. p. 209.

MUJERES CON INFERTILIDAD PRIMARIA QUE ACUDIERON CON PERSONAL DE SALUD, SEGÚN DIAGNÓSTICO DADO Y ÁMBITO DE RESIDENCIA



MUJERES CON INFERTILIDAD SECUNDARIA QUE ACUDIERON CON PERSONAL DE SALUD, SEGÚN DIAGNÓSTICO DADO Y ÁMBITO DE RESIDENCIA



*“Estos resultados subrayan la importancia de los problemas de infertilidad para las mujeres mexicanas, quienes hacen un uso importante de servicios médicos privados para su diagnóstico y tratamiento.”<sup>100</sup>*

*En consecuencia, la infertilidad femenina no puede considerarse como un trastorno exclusivamente fisiológico, en tanto que afecta que afecta relevante los ámbitos psicológicos y sociales de las mujeres que la padecen. Las reacciones emocionales más comunes a esta condición son la depresión, ansiedad, múltiples sentimientos de pérdida y estrés prolongado. Cuando estas respuestas emocionales se hacen crónicas, incapacitan a las personas en diferentes áreas de su vida, como por ejemplo en la habilidad de comunicarse con su pareja y con su entorno, particularmente cuando se acentúa rígidamente la importancia del embarazo como parte de su identidad, por constituir un estigma social, que ha estado presente en todos los tiempos y para todas las mujeres que por algún motivo no han sido capaces de concebir, esto crea un riesgo para el bienestar físico y psicológico individual, de pareja y familiar.<sup>101</sup>*

La infertilidad es una enfermedad del sistema reproductor que afecta a la capacidad corporal para desempeñar la función básica de la reproducción. Para no sufrir de esta enfermedad es necesario el funcionamiento correcto de muchos factores, entre los que se incluyen los siguientes:

- *Producción de espermatozoides sanos por parte del hombre.*
- *Producción de óvulos sanos por parte de la mujer.*

---

<sup>100</sup> Walker Evans Dilys, Hernández Prado Bernardo, Suárez López Leticia, Infertilidad, La salud reproductiva en México. Análisis de la Encuesta Nacional de salud Reproductiva 2003, Secretaría de Salud, Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias UNAM, 2007,p219.

<sup>101</sup> VAZQUEZ BENITEZ Efraín y Colaboradores, Medicina Reproductiva, edit. Manual Moderno, 2003, estudios y terapéutica en infertilidad y su relación con el estado emocional, Ernesto Castelazo Morales, Francisco morales Carmona, Jorge Carreño Meléndez p.247.

- *Trompas de falopio sin obstrucciones que le permitan la llegada del esperma al óvulo.*
- *La capacidad del esperma de fertilizar el óvulo.*
- *La capacidad del óvulo fertilizado de implantarse en el útero.*
- *Calidad adecuada del embrión.*<sup>102</sup>

Muchos factores y problemas diferentes pueden ser causa de infertilidad, incluyendo los problemas en el sistema reproductor femenino, problemas en el sistema reproductor masculino o una combinación de ambos. Los siguientes son algunas de las condiciones y factores que se encuentran asociados con la infertilidad:

### **1. Disfunción ovulatoria**

Cuando existe esta condición, el sistema reproductor de la mujer no produce las cantidades adecuadas de hormonas necesarias para desarrollar, madurar y liberar un óvulo sano.

*Con relación a este factor encontramos la amenorrea que es un síntoma importante en el estudio de la infertilidad. Se divide en primaria (cuando nunca se ha menstruado) y secundaria (cuando hay ausencia menstruación por espacio de tres meses, habiendo menstruado previamente). La causa más frecuente de amenorrea primaria es la disgenesia gonadal y la de amenorrea secundaria, los trastornos hipotalámicos hipofisarios.*<sup>103</sup>

### **2. Problemas anatómicos.**

El desarrollo o funcionamiento anormal de la anatomía femenina puede impedir que el óvulo y el esperma se encuentren. El problema anatómico más común es la

---

<sup>102</sup> [www.imss.gob.mx](http://www.imss.gob.mx)

<sup>103</sup> R. AYALA Aquiles, MONTOYA ROMERO José de Jesús, ABC de la Infertilidad, Textos Mexicanos, 2004, p.19.

obstrucción de las trompas de Falopio. Otros problemas anatómicos incluyen la presencia de tejido cicatrizante en la pelvis debido a cirugías o infecciones previas.

*El hallazgo de miomas aumenta el riesgo de complicaciones durante el embarazo, de las cuales las más frecuentes son las presentaciones anormales y el parto pretermino.<sup>104</sup>*

### **3. Endometriosis**

*La endometriosis es una condición que consiste en que el tejido que reviste el útero se desarrolla fuera del útero, generalmente sobre otros órganos reproductores que se encuentran dentro de la pelvis o en la cavidad abdominal. Cada mes, este tejido ubicado fuera de lugar responde a los cambios hormonales del ciclo menstrual creciendo y desintegrándose, lo cual provoca sangrado interno que puede a la vez ser causa de que se genere tejido cicatrizante y de que se vea afectado el funcionamiento de los órganos reproductores.<sup>105</sup>*

### **4. Defectos congénitos.**

*El desarrollo y funcionamiento anormales de los órganos reproductores como resultado de defectos de nacimiento pueden afectar la fertilidad de una persona.*

*Uno de los defectos congénitos del sistema reproductor más frecuentes se presenta como consecuencia de la exposición de una mujer al dietilestilbestrol (su sigla en inglés es DES) tomado por su madre durante el embarazo. En el pasado, se administraba DES a las mujeres que corrían riesgos de perder el bebé. La exposición del feto al DES suele provocar anomalías en el desarrollo del útero y del cérvix. Las anomalías de cuello uterino relacionadas con infertilidad comprenden: 1) falla para producir un moco cervical óptimo, error en la penetración y la supervivencia del espermatozoide a pesar de haber un moco*

---

<sup>104</sup> [www.imss.gob.mx](http://www.imss.gob.mx).

<sup>105</sup> [www.imss.gob.mx](http://www.imss.gob.mx)

*periovulatorio en apariencia optimo. La frecuencia de factor cervical en parejas se ha calculado de 5% a 40%.<sup>106</sup>*

## **5. Infección.**

*La enfermedad pélvica inflamatoria (su sigla en inglés es PID) es provocada por alguna clase de bacteria como la gonorrea y la clamidia. La PID puede afectar al útero, las trompas de falopio o los ovarios. Puede además llevar a que se generen adherencias y tejido cicatrizante entre órganos de la pelvis, lo cual es causa de dolor pélvico continuo y de posibles embarazos ectópicos (es decir, la implantación del óvulo fertilizado fuera del útero).<sup>107</sup>*

## **6. Problemas inmunológicos.**

*Un problema en el sistema inmunológico de la mujer puede provocar la pérdida del embarazo. Puede ocurrir que los anticuerpos (proteínas inmunológicas o protectoras) presentes en el sistema de una mujer no reconozcan un embarazo o que se presente una respuesta inmunológica anormal al embarazo. También es posible que las mujeres desarrollen anticuerpos antiesperma que ataquen y destruyan el esperma. La infertilidad fisiológica ocurre durante los periodos del ciclo alejados del momento de la ovulación, durante la gestación, después de la menopausia y frecuentemente, durante la lactancia.<sup>108</sup>*

El desarrollo de la ciencia en la reproducción humana ha alcanzado avances inesperados en las últimas décadas. Así que las parejas con dificultades para tener descendencia cuentan con la posibilidad de utilizar las técnicas de reproducción asistida. Sin embargo la realización de estas conlleva un costo elevado en las clínicas privadas por lo que no están al alcance de todos.

---

<sup>106</sup> [www.imss.gob.mx](http://www.imss.gob.mx).

<sup>107</sup> [www.imss.gob.mx](http://www.imss.gob.mx).

<sup>108</sup> [www.imss.gob.mx](http://www.imss.gob.mx).

## **CAPITULO III**

### **La Maternidad Subrogada en el Estado y el Derecho Mexicanos**

En este capítulo se mencionan derechos de la mujer, así como la posibilidad de acceder a la maternidad subrogada, mencionando que la mujer y el hombre tienen el mismo derecho de reproducción; también se presenta el contexto de la normatividad relacionada con la reproducción humana, así mismo se alude el derecho de elegir una técnica de reproducción asistida. Además de manifestar en que condiciones esta o no contemplada la maternidad subrogada en la legislación. Así como los conflictos que se derivan, los cuales se relacionan con la familia, la paternidad, la filiación, y los aspectos en que la religión Católica expone su postura.

#### **3.- Situación de la maternidad subrogada en México**

En la actualidad se han publicado investigaciones acerca de la maternidad subrogada, y todas ellas consideran contraria su realización, sin embargo antes de pronunciar su amplio rechazo, se debe analizar profundamente entre las partes involucradas. De esta manera si el resultado del análisis se llega a la conclusión de su rechazo, se tiene que considerar por lo menos establecer en la legislación su prohibición o por lo menos se pronuncien a favor de establecer una Ley de Reproducción Humana Asistida e Investigación, otorgando así una protección jurídica a las personas que intervienen en busca de una solución a su dificultad de no poder concebir y de los problemas derivados de la realización de estas.

La maternidad subrogada es un medio de procreación, la cual tiene una incidencia en las relaciones familiares, cuestión que debe ser tomado en cuenta no solo en materia de medicina familiar sino también jurídicamente. Es evidente que se tiene que analizar el desarrollo de la paternidad y/o maternidad, ya que esta relación de padre y/o madre, y la descendencia quedaba establecida pero con la maternidad asistida esta cualidad se ve alterada.

*“Se calcula que han nacido en todo el mundo, aproximadamente, un millón de niños mediante la técnica de reproducción asistida, la gran mayoría de ellos sanos. No obstante, es legítimo pensar en los riesgos genéticos inherentes (reales y potenciales) que involucran la aplicación de esta tecnología. Sin embargo, el gran misterio se mantiene en el estudio de los genes, la genética y la epigenética (la cual estudia las estructuras que regulan los bloqueadores naturales que alteran la variabilidad y el equilibrio de la vida humana). Es necesario reflexionar sobre cómo los avances que la ciencia genera, producen una creciente preocupación y una mayor conciencia (tanto en la comunidad científica como en la población general) sobre el momento actual que se vive para su utilización y aplicación y mejorar la condición de la salud humana.”<sup>1</sup>*

Como resultado de la realización de la maternidad subrogada se producen controversias que imperan en los procesos de regulación jurídica de las técnicas de reproducción asistida, por lo que no hay una ley que contemple estas prácticas; solo en la Ley General de salud y el reglamento de investigación hacen mención en algunos artículos a la inseminación artificial. Asimismo solo en el Estado de Tabasco esta incluida la maternidad sustituta y la encontramos en su Código Civil en los artículos 92, 347, 351 y 360 con lo cual se trata de resolver la problemática posparto que se presenta por la maternidad por cuenta ajena así como de la patria potestad y de la guardia y custodia del menor, mientras tanto las prohibiciones de realización de esta figura están expuestas.

*Precisamente en virtud de todas estas interrogantes, así como de las implicaciones contractuales, penales y éticas derivadas de este tipo de prácticas, y particularmente por la incertidumbre que se genera en cuanto a determinación del nexo materno filial, en el cual debe decidirse, si se privilegiara el nexo biológico o el nexo biosíquico del*

---

<sup>1</sup> CANETTI Elías, Epigenética; una explicación de las enfermedades hereditarias Revista de Perinatología, Vol. 17 No. 2, Abril-Junio 2003, p.1.

*embarazo con la madre gestante, estoy a favor de su prohibición en nuestro sistema legal.*<sup>2</sup>

La Ley General de Salud y el Código Civil Federal son los instrumentos que regulan y norman la práctica médica en todo el país. Pero también debemos tomar en cuenta que cada Estado tiene su propio Código Civil. Actualmente, el Estado de Guerrero y el del estado de Tabasco incluyen en sus Códigos Civiles leyes que regulan la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida. Mientras que en el Distrito Federal se encuentran legislaciones sustantivas civiles y penales que van marcando un avance en cuanto a la casi inexistente legislación de la reproducción asistida, y de las implicaciones que surgen en relación al Derecho familiar, por el uso de estas técnicas. Consecuentemente se analiza la normatividad jurídica en donde se explica que no esta prohibida la maternidad subrogada, y no obstante otorga ampliamente la posibilidad de su realización.

### **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no hay mención de la situación de la maternidad subrogada. Sin embargo en el Artículo cuarto constitucional establece:

*“Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos...”*<sup>3</sup>

En este Artículo se otorga la posibilidad de elección, es decir esta abierta la posibilidad de elegir la manera de procrear, optando por la procreación artificial o no, luego entonces hace mención al uso de las Técnicas de Reproducción asistida, asimismo se puede concebir por medio de la maternidad subrogada.

---

<sup>2</sup> LOPEZ FAUGIER Irene, La prueba científica de la filiación, edit. Porrúa México 2005, p.295.

<sup>3</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

*Por lo tanto como se establece en la Constitución, se puede interpretar que debe estar libre de intervenciones en la decisión de procrear o gestar un hijo. Esta garantía debe dilucidarse no como un derecho positivo a tener un hijo sino el negativo a estar libre de intrusiones del Estado en la decisión de tenerlo.<sup>4</sup>*

*“Es también un derecho de la personalidad que puede observarse desde los puntos de vista de su ejercicio y su protección:*

*Para quien decide acudir a las técnicas de reproducción asistida, constituye el ejercicio de la facultad de autodeterminarse, de libertad; la que recibe el espermatozoides o el embrión, hace uso del derecho a disponer de su cuerpo, pues permite intervenciones médicas que causan o pueden producir alteraciones corporales, además del derecho a procrear; el que aporta el óvulo o el espermatozoides actualiza su facultad de disponer de parte de su propio cuerpo. La utilización de tales técnicas implica necesariamente el consentimiento de la mujer a la que van a aplicarse; quien las usa sin la conformidad de la paciente realiza un acto ilícito que atenta contra los derechos de libertad e integridad corporal de la víctima, que tipifica un delito y que da origen a la responsabilidad civil por la comisión de daño moral y material. Pero los derechos de la responsabilidad no son absolutos- desde el punto de vista de su contenido- y tienen como fronteras los derechos de los demás y el interés colectivo.”<sup>5</sup>*

Ante esto se tiene que determinar en que casos se debe permitir el uso de las técnicas de reproducción asistida ya que considero que para la realización de la maternidad subrogada se requiere el uso de una de las técnicas de reproducción asistida. Es por esto que primero se tiene que establecer una normatividad en

---

<sup>4</sup> HURTADO OLIVER Xavier, EL Derecho a la vida ¿y a la muerte?., Procreación humana, Fecundación in vitro, clonación, eutanasia y suicidio asistido, Problemas éticos, legales y religiosos. Edit. Porrúa, 1999. p70.

<sup>5</sup> VILLALOBOS OLVERA Rogelio, Reproducción Asistida en Humanos, AGORA, Revista del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Chihuahua, año 2, numero 8. 2006, p.8.

reproducción humana, luego entonces podrá recurrir a la maternidad subrogada para solucionar su situación.

### **Ley General de Salud**

En la Ley General de Salud no hay mención alguna de la maternidad subrogada; mientras que en el Capítulo VI, Servicios de Planificación Familiar, Artículo 68 fracción IV, de este ordenamiento señala:

*Artículo 68.- Los servicios de planificación familiar comprenden:...*

*Fracción IV. El apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana.<sup>6</sup>*

En este artículo se establece que dentro de la planificación familiar se contempla la infertilidad humana, así como la reproducción humana, sin embargo no se establece de que manera se da el apoyo y fomento a las mujeres con el problema de infertilidad. Este artículo debería ser más amplio, ya que se debe mencionar explícitamente cuáles son los métodos considerados para que una pareja pueda tener un hijo. La declaración no basta para garantizar el derecho a la salud, sino que este derecho debe manifestarse en programas y servicios específicos. Considero que se tiene que incluir, no solamente estas cuestiones sino también que instituciones, tanto públicas como privadas pueden llevar a cabo su realización, además de establecer los parámetros para que estas instituciones puedan ofrecer los medios adecuados para la reproducción humana, asimismo es necesario que el personal este certificado y debidamente capacitado.

En la Ley General de Salud, se instituye a la Secretaría de Salud la función de la investigación para la salud, así como sus principales objetivos y se encuentra en el "Título Quinto" denominado "Investigación para la Salud" en el cual no solo

---

<sup>6</sup> Ley General de Salud.

contiene a la investigación de los seres humanos sino también las bases para su realización, estableciendo esto en su Artículo 100 en donde se menciona:

*Artículo 100.-La investigación en seres humanos se desarrollara conforme a las siguientes bases:*

*I. Deberá adaptarse a los principios científicos y éticos que justifican la investigación medica, especialmente en lo que se refiere a su posible contribución a la solución de problemas de salud y al desarrollo de nuevos campos de la ciencia medica;.....<sup>7</sup>*

Aún aquí no se mencionan a la maternidad subrogada y mucho menos a las diferentes Técnicas de Reproducción asistida; aunque la maternidad subrogada no es una técnica de reproducción asistida sino la intervención de varias de ellas, y que puede ser un medio por el cual se da una solución al problema de la mujer infértil para engendrar. Por lo que se tiene que considerar que los avances tecnológicos han logrado que el ser humano, disfrute una calidad de vida mejor que en los siglos pasados. En este artículo se establecen bases para la investigación en seres humanos mencionando los principios éticos, de los cuales se tiene el fundamento de la Comisión Nacional de Bioética siendo un órgano desconcentrado y fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación el día 23 de octubre del 2000.*<sup>8</sup>

Mientras que en el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud en el Capítulo IV, en su Artículo 40 fracción XI, menciona la Fertilización asistida.

**ARTÍCULO 40.-** *Para los efectos de este Reglamento se entiende por:*

*XI. Fertilización asistida.- Es aquella en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización en Vitro.<sup>9</sup>*

---

<sup>7</sup> ídem

<sup>8</sup> Diario Oficial de la Federación 23 de Octubre del 2000.

<sup>9</sup> Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.

Este apartado se queda muy limitado porque no solo existe la Fertilización asistida como técnica de reproducción asistida; ya que hay diversas técnicas de reproducción asistida, como son la Inyección espermática intracitoplasmática y la donación de óvulos, entre otras, por lo tanto se tiene que estar acorde con los avances científicos ya que si no se toma en cuenta estos, la legislación existente resultaría obsoleta. Aunque se mencionan la inseminación artificial no alude nada al respecto de la maternidad subrogada sin embargo, aquí ya establece dos técnicas de Reproducción asistida y una de ellas es utilizada para la práctica de la figura de la maternidad subrogada, por lo tanto se muestra la manera de ejercer el derecho de procreación.

En el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, establece en los Artículos 14 y 114, quienes son profesionales de la salud y que están capacitados para prestar servicio.

**ARTÍCULO 14.-** *la investigación que se realice en seres humanos deberá desarrollarse conforme a las siguientes bases:*

*VI.-Deberá ser realizada por profesionales de la salud a que se refiere el artículo 114 de este Reglamento, con conocimiento y experiencia para cuidar la integridad del ser humano, bajo la responsabilidad de una institución de atención a la salud que actúe bajo la supervisión de las autoridades sanitarias competentes y que cuente con los recursos humanos y materiales necesarios, que garanticen el bienestar del sujeto de investigación.*

**ARTICULO 114.-** *Para efectos de este Reglamento se consideran profesionales de la salud aquellas personas cuyas actividades relacionadas con la medicina, odontología, veterinaria, biología, bacteriología, enfermería, trabajo social, química, psicología, ingeniería sanitaria, nutrición, dietología, patología y sus ramas y las demás que*

*establezcan disposiciones legales aplicables, requieren de título profesional o certificado de especialización legalmente expedido y registrado por las autoridades educativas competentes.*<sup>10</sup>

En estos Artículos se establece quienes están capacitados para prestar el servicio de fertilización asistida: Profesionales de la salud con título o certificado de especialización legalmente expedido y registrado ante las autoridades educativas. Además se protege la integridad y la salud de los pacientes, ya que no cualquier persona que se ostente como médico especializado en la materia de inseminación artificial, si no lo es, no podrá ejercer.

*El concepto de reproducción asistida engloba tanto la inseminación artificial como la fecundación in Vitro, igualmente denominada fecundación extrauterina o extracorpórea. A partir de la precisión de ese concepto, es posible inferir que la maternidad gestante se encuentra comprendida dentro de los métodos de reproducción asistida, por tratarse de una técnica de inseminación extracorpórea o extrauterina.*<sup>11</sup>

En el Artículo 56 de este ordenamiento establece que solo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se pueda resolver de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja, aun si este difiere del investigador.

*Artículo 56.- La investigación sobre fertilización asistida sólo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja, aun si éste difiere con el de investigador.*

---

<sup>10</sup> Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.

<sup>11</sup> Ídem. p287.

Aquí solo se menciona a la esterilidad, esto nos da un ejemplo de que cuando los legisladores contemplaron este problema consideraron a la palabra esterilidad como un sinónimo de infertilidad, y ha quedado claro que no son lo mismo, algo que esta estimado es el derecho de la pareja a decidir de manera responsable sobre su salud.

La Ley General de Salud y sus demás ordenamientos que se desprenden de ella, tienen una incertidumbre acerca de las diferentes técnicas de reproducción asistida ya que en el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud menciona solo una Técnica de reproducción asistida, luego entonces se debe cuestionar acerca de si el Estado es quien tiene esta función de regular, entonces porque no se han dado cambios que se requieren en materia de Salud reproductiva ya que los avances científicos al parecer están rebasando a las cuestiones normativas. Las consideraciones precedentes evidencian la necesidad de que exista una legislación coherente y eficaz al respecto, que regule de manera integral todos los aspectos que la maternidad sustituta encierra en si, y que no se quede en el ámbito de una mera declaración general, realizada de manera superficial, expresándose en un enunciado normativo que no concuerde con la realidad fáctica de la sociedad en que se aplica y, por ende, propicie mas problemas de los que intente resolver.

*“La Ley descalifica así el uso innecesario de la tecnología por razones de lucro o de otro orden; evita que la practica se comercialice, o bien, se utilice caprichosamente exponiendo a la mujer a tratamientos en sí mismos riesgosos y a la pareja a problemas económicos, psicológicos y morales, explotando sus deseos de procrear.*

*De la lectura del reglamento se deducen, por exclusión, quienes no tendrían acceso a las practicas de fertilización asistida, pues solamente se nombra a las que lícitamente la pueden utilizar: la pareja estable (matrimonio o concubinato) como ayuda para que integren una familia.*

*Ni la mujer sola, ni la pareja heterosexual transitoria y menos aún la homosexual, están incluidos entre los beneficiarios de la fertilización asistida.*

*Conforme a nuestras costumbres y tradiciones solamente la pareja casada heterosexual debe ser la capacitada legalmente para hacer uso de la nueva tecnología de la procreación. Pese a los embates del libertinaje moral, la institución del matrimonio sigue siendo en nuestro país la forma preferente y apropiada de constituir una familia, pues crea el lazo jurídico que une a la pareja y de el se derivan los derechos y obligaciones de la procreación.*

*La unión, de hecho, por estable que parezca, es irregular y quien busca integrar una familia bien puede comenzar por formalizarla.”<sup>12</sup>*

### **Código Civil para el Distrito Federal**

En las leyes sustantivas como es el Código Civil para el Distrito Federal le otorga reconocimiento a la práctica de dichas Técnicas de reproducción asistida, como podemos apreciarlo en las reformas vigentes a partir del año 2000, que están contempladas en los artículos 162, 293, 326,327. Sin embargo no hay alusión de la maternidad subrogada.

**“Artículo 162.** *Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.*

*Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción*

---

<sup>12</sup> HURTADO Oliver Xavier, EL Derecho a la vida ¿y a la muerte?.,. Procreación humana, Fecundación in vitro, clonación, eutanasia y suicidio asistido, Problemas éticos, legales y religiosos. Edit. Porrúa, 1999. p175.

*asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges”<sup>13</sup>*

Es positivo que en el Artículo se hace mención al ejercicio de emplear cualquier método de reproducción asistida, siendo así, la pareja con problemas de infertilidad tiene la posibilidad para procrear por razón de cualquier técnica, y hacer uso de la maternidad subrogada, además los cónyuges deben manifestar su consentimiento entre ellos y llegar a un acuerdo para poder procrear mediante las Técnicas de reproducción asistida. Sin embargo no hay mención de la figura de la maternidad subrogada.

Ante el análisis de los anteriores ordenamientos hay posturas como la Dra. Ingrid Lilian Brena Sesma quien menciona lo siguiente: *“en México no existe texto legal que prohíba la subrogación de vientre, por lo que acuden a la teoría general del acto jurídico. Al hablar de subrogación de vientre, el objeto del acto jurídico que fundamenta la aplicación de las técnicas médicas sería ilícito, porque el cuerpo humano no es materia de comercio.”<sup>14</sup>*

*Hoy en día los avances científicos y tecnológicos han permitido que el conocimiento se difunda a gran velocidad y sin fronteras. Particularmente en el ámbito de la medicina, estos cambios han sido radicales en algunos campos, con perspectivas globales que prometen revoluciones conceptuales, e incluso replantean principios básicos de otras disciplinas como la filosofía y la sociología.<sup>15</sup>*

Estas formas de reproducción tan novedosas resultan inaplazables para su inserción en la ley, y que en forma definitiva se establezca sus términos científicos, así como los conceptos de estas técnicas de reproducción humana; sus

---

<sup>13</sup> Código Civil para el Distrito Federal.

<sup>14</sup> SESMA BRENA Liliana Ingrid, El Derecho y la Salud. Instituto de investigaciones Jurídicas. UNAM, 2004, p. 12-13

<sup>15</sup> Hamui Sutton Alicia, Ética y biotecnología: más allá de los tratamientos médicos, medigraphic Artemisa, Rev. Fac. Med. UNAM Vol. 50. No 2 Marzo-Abril, 2007, p.86.

procedimientos; facultades y prohibiciones para los sujetos que aportan material germinal; la responsabilidad por la voluntad procreacional; sus fines y en general aceptar todas las consecuencias que se producen en las instituciones familiares. Mientras tanto en el Código Civil para el Estado de Tabasco se establecen Artículos relacionados con las Técnicas de Reproducción Asistida, la maternidad subrogada, así como a la madre gestante sustituta; también lo relativo a la paternidad, filiación, sucesiones y se establecen en los Artículos: 31, 92, 165, 272 fracción XVIII, 324, 327,329, 330, 340, 347, y 360.

En el Artículo 31 se menciona la capacidad de goce para lo cual se adiciona la protección de la ley al concebido por medio de Técnicas de Reproducción Asistida, aun cuando no esta en el útero materno.

En el Artículo 92 se refiere a que en el acta de nacimiento no se hará mención a lo que califique como filiación. Además establece la presunción de la maternidad, la cual se origina por quien presenta al hijo en el Registro Civil, asimismo menciona que se entiende por madre gestante sustituta:

#### **ARTICULO 92.-**

##### ***Deber de reconocer al hijo***

*En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena.*

*Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para gestación, mas no el componente genético por el contrario, la madre subrogada provee ambos; el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los*

*servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso.*<sup>16</sup>

En el artículo se establece lo que significa madre gestante sustituta, sin embargo que sucede si se requiere la ayuda de un banco de ovulo, semen o en su caso de embriones, a la persona que aporta este material genético se le podría considerar madre genética o en su caso padre genético ya que aporta parte del materia genético para la concepción y solicitar el reconocimiento de la maternidad o en su caso la paternidad.

En el Artículo 165 establece que los cónyuges y la relación de concubinato, tienen la posibilidad de utilizar cualquier Técnica de Reproducción Asistida siempre y cuando ejercido en común acuerdo. En relación con el consentimiento, si no se otorga, es una causal de divorcio la cual se establece en el Artículo 272 Fracción XVIII:

**ARTICULO 272.-**

*Son causales de divorcio necesario:*

**XVIII.** *Emplear, la mujer, método de concepción humana artificial, sin el consentimiento del marido; y*<sup>17</sup>

En cuanto a la paternidad y/o maternidad se consideran hijos de los cónyuges los nacidos por cualquier Técnica de reproducción asistida, esto esta plasmado en el Artículo 324 del Código civil para el Estado de Tabasco.

**ARTICULO 324.-**

***Quienes 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:*

---

<sup>16</sup> Código Civil para el Estado de Tabasco, Artículo 92. p 16

<sup>17</sup> Ídem. Artículo 272. p 47.

Además el marido no podrá desconocer al hijo si ha otorgado su consentimiento para la realización de dicho acto, y si la concepción se realiza mediante las técnicas de reproducción asistida y consta de manera fehaciente. Esto está establecido en el Artículo 327 del Código civil para el Estado de Tabasco que dice:

**ARTICULO 327.-**

***Cuando no podrán desconocerse a los hijos***

*El marido no podrá desconocer a los hijos alegando adulterio de la madre, aunque esta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa. Tampoco podrá desconocer a los hijos nacidos como resultado del empleo de alguno de los métodos de reproducción artificial, si consta de manera fehaciente su consentimiento.*

Asimismo tiene el marido impedimento de desconocimiento si se prueba que otorgó el consentimiento para que el hijo naciera mediante la realización de Técnicas de reproducción asistida dentro de los ciento ochenta días a la celebración del matrimonio y se establece en el Artículo 329. Además lo concerniente y relacionado con la paternidad se puede ejercitar después de trescientos días después de la disolución del vínculo matrimonial y por la persona que perjudique la filiación, siempre y cuando no haya reconocido al hijo producto de técnicas de reproducción asistida, y se establece en el Artículo 330 del Código Civil para el Estado de Tabasco.

**ARTICULO 329.-**

***Imposibilidad de desconocimiento***

*El marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio:*

*La presunción contenida en el presente artículo se extiende a los nacidos por cualquiera de los métodos de reproducción artificial, si se probare que el marido consistió en que su cónyuge hiciera uso de dichos métodos.*

**ARTICULO 330.-**

***Contradicción de paternidad***

*Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación; pero esta acción no prospera si el marido reconoció expresamente como suyo al hijo de su mujer nacido por medio de los métodos de reproducción medica asistida.*

Otro aspecto importante de este ordenamiento, es la cuestión del concubinato ya que también en esta figura se pretende garantizar la protección jurídica al hijo concebido por medio de las técnicas de reproducción asistida, y se encuentra en el Artículo 340, pero solo se otorga la presunción si no hay duda de que el concubinario otorgó su consentimiento.

**ARTICULO 340.-**

***Presunción de los hijos del concubinato***

*Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:*

**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 nexo biológico con uno o ambos padres, siempre que el concubinario haya otorgado su consentimiento de una manera indubitable.*

En el Código Civil para el Distrito Federal se establece en el Artículo 338 la filiación, la cual “no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción o sujetarse a compromiso en árbitros”; mientras que en el artículo 347 del Código Civil para el Estado de Tabasco se plasma todo lo contrario y aunque garantiza la relación entre la madre y el hijo nacido de las técnicas de reproducción asistida; presume a la madre legal a la mujer que contrata provea o no el ovulo, también es madre legal la que contrata, cuando el concebido es producto de la técnica de transferencia de embriones y se realiza a través de una madre sustituta.

#### **ARTICULO 347.-**

##### **Respecto del padre**

*Respecto del padre, la filiación se establece por el consentimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad; pero en el caso de concubinato se podrá justificar la filiación respecto del padre del en el mismo juicio de intestado o de alimentos y será suficiente probar los hechos a que se refieren los artículo 340 y 372, tanto en vida de los padres como después de su muerte. Esta acción es imprescriptible y transmisible por herencia.*

*Sin embargo, como una excepción a esta presunción, cuando en el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata, ya sea que esta ultima provea o no el ovulo. Esto es, cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido como resultado de una transferencia de embrión, la madre contratante deberá ser considerada la madre legal del niño y este será considerado hijo legitimo de la mujer que contrato.*

*La filiación de los hijos nacidos también podrá acreditarse a través de la prueba biológica molecular de la caracterización de acido desoxirribonucleico a sus células en el juicio contradictorio.*

*La negativa del demandado a realizarse la prueba señalada en el párrafo anterior, admitida u ordenada por el Juez, hará presumir la filiación que se le atribuye.*

En caso de que la mujer sustituta, esta casada y que el marido de esta quiera reconocer al niño que esta gestando, se tiene una limitante establecida por el Artículo 360 del Código Civil para el Estado de Tabasco, ante esto no hay posibilidad de impugnar la paternidad y en cuanto a los anteriores artículos, esta claro que tampoco se esta en la posibilidad de la aplicabilidad o no de las presunciones de la paternidad ya que se manifiesta el consentimiento entre las partes.

#### **ARTICULO 360.-**

##### ***Situación de maternidad sustituta***

*Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido como resultado de un contrato de maternidad sustituta, el hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando este lo haya desconocido y por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es hijo suyo.*

El concepto de la figura de la maternidad subrogada no esta claramente establecida en dicho ordenamiento, y aunque menciona a una de las partes como madre contratante, se da el supuesto de que la obligación se deriva de un contrato, sin embargo no especifica que requisitos debe contener el contrato, asimismo no menciona a que están obligadas las partes, por lo que realmente es necesario un análisis profundo en cuanto a su inclusión o su prohibición en la legislación y en el caso de que se contemplara su realización, las parejas infértiles van ha obtener un medio para poder procrear y por lo cual tendrían certeza y protección jurídica ante cualquier controversia que se llegara suscitar.

### **A.- El derecho a procrear**

Las personas tienen la libertad de tomar decisiones, pero esta libertad dentro del ámbito jurídico, se refiere a derechos y obligaciones. Por lo tanto en el aspecto de la procreación, se debe considerar la voluntad de reproducirse, además las personas tienen la capacidad de optar por varias posibilidades que abarca la tecnología médica. Ante este hecho se tiene que proporcionar condiciones no solo jurídicas, médicas y sociales para que el individuo, en el caso de la mujer infértil, se le permita concebir a través de la maternidad sustituta, y así solucionar el problema de procreación. Pero también se tiene que analizar la responsabilidad reproductiva de las personas, porque si el Estado es quien regula la planificación familiar a través de los programas de salud no debe implicar ningún tipo de coacción ni discriminación, así que el Estado está obligado y tiene la responsabilidad de promover y fomentar una actitud responsable acerca de la reproducción de las personas.

*La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en sus artículos 16 y 25 respectivamente y sus homólogos del Pacto Internacional de Derechos Civiles, Políticos y Culturales, establecen el derecho de las personas a casarse y fundar una familia con un nivel adecuado de vida, y el derecho a los cuidados y asistencia especial para la maternidad y la infancia.<sup>18</sup>*

*Los derechos humanos no son una concesión del Estado y ni mucho menos dependen de la voluntad del gobernante, sino que estos existen antes de la propia organización estatal y son inherentes a todo hombre. En este último sentido, la titularidad de los derechos se plantea como común a todos los hombres, por el solo hecho de ser tales y no únicamente a los miembros de un estamento o clase social, como ocurría en los siglos precedentes.<sup>19</sup>*

---

<sup>18</sup> SESMA BRENA Liliana Ingrid, El Derecho y Salud, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2004, p.105.

<sup>19</sup> Comisión de los Derechos Humanos, Los derechos humanos en México, un largo camino por andar, Edit. Porrúa, 2002 p.5

*En septiembre de 1994 se realizó en El Cairo, Egipto, la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, bajo los auspicios de la Organización de las Naciones Unidas. En el seno de esta conferencia, México, al igual que otros 180 países, adquirió el compromiso de implementar un Programa de Salud Reproductiva, como parte de las recomendaciones plasmadas en el Programa de Acción. Para dar respuesta a este compromiso, el Gobierno de México ha llevado a cabo diversas acciones que le han permitido avanzar en el corto tiempo.<sup>20</sup>*

*La salud reproductiva debe entenderse como el estado general de bienestar físico, mental y social en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductor, sus funciones y sus procesos. Podríamos decir que es el derecho de todas las parejas de disfrutar de una vida sexual y reproductiva saludable, satisfactoria y sin riesgos con el respeto a su libre decisión sobre el tamaño de su familia.<sup>21</sup>*

*El derecho a procrear es un derecho intrínseco de la pareja humana reconocido por la sociedad, pero con limitaciones variables según el tiempo y el tipo de cultura. Aceptando que el derecho a la procreación no es absoluto se abre un complejo campo de posibilidades sobre el que toda sociedad organizada debe meditar muy profundamente.<sup>22</sup>*

Se denominan derechos reproductivos y se desprenden de los derechos humanos y abarcan, el derecho a la autodeterminación reproductiva y el derecho a la atención de la salud reproductiva. Se trata de un derecho humano tan importante como lo es el derecho a la vida y a la libertad. Es una garantía individual y que involucra, poder tomar una decisión del número de hijos que quieren tener y

---

<sup>20</sup> Secretaría de salud: Programa de Salud Reproductiva y Planificación Familiar, 1995-2000, México 1995.

<sup>21</sup> Efraín Vázquez Benítez, Medicina Reproductiva, Asociación Mexicana de Medicina de la Reproducción, Población, planificación familiar y salud reproductiva en México, Rodolfo tuiran, Elena Zúñiga edit. El Manual Moderno, 2006

<sup>22</sup> ITALO TOZZINI Roberto y Colab., Esterilidad e infertilidad humanas, edit. Media Panamericana Buenos Aires, 1989,

cuándo tenerlos. Ante esto el Estado protegerá su salud y bienestar en todos los aspectos ligados a la procreación. Sin embargo, las leyes vigentes aún no admiten una gama amplia de posibilidades de control de la fecundidad ni reconocen explícitamente el derecho de la mujer a decidir sobre los asuntos que afectan su sexualidad y reproducción. En tanto que el derecho a procrear es un derecho individual pero se manifiesta en un ejercicio de pareja, fundado en el bienestar de la familia y en beneficio y protección del menor.

*“Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a [decidir] libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia...”<sup>23</sup>*

Los derechos reproductivos comprenden, entre otros aspectos, la posibilidad de las mujeres ha elegir, según su conocimiento, y en base a su voluntad el medio para procrear, así tenemos que ellas pueden tomar la decisión de interrumpir o no un embarazo. En el Distrito Federal se han dado cambios legislativos importantes que están abriendo la posibilidad de que en el caso de violación, la interrupción del embarazo sea una opción real para las mujeres.

*El individuo, comprendidos hombre y mujer, puede actuar con plena autonomía, en cuyo ámbito es soberano. En este supuesto,” el derecho a la reproducción es una expresión de la dignidad humana y del libre desarrollo de su personalidad, derecho que no puede ser restringido arbitrariamente o sin justificación suficiente por lo poderes públicos. Sin embargo no, es un derecho absoluto, es un derecho con limites, si bien*

---

<sup>23</sup> Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, Párrafo No. 7.3 1994.

*estos no son otros que los derivados del ejercicio de la propia libertad de los demás, el ejercicio de los propios derechos y el respeto a los derechos de los demás”.*<sup>24</sup>

En relación con la salud reproductiva encontramos las siguientes disposiciones normativas, las cuales son: La Ley General de Salud y La General de Población, y sus respectivos reglamentos, que establecen los derechos relativos a la información y a los servicios sobre planificación familiar de toda la población, así como la gratuidad en los servicios públicos de salud, incluidos los de salud reproductiva.

Mientras que en la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación prohíbe” negar o limitar información sobre derechos reproductivos o impedir el libre ejercicio de la determinación del número y esparcimiento de los hijos e hijas.” Estos derechos se encuentran en el Artículo 9 fracción VI de dicho ordenamiento.

Por lo tanto se debe considerar la extensión de la pareja para tomar la decisión de cómo concebir, y el Estado no debe prohibir la decisión de tener o no un hijo por lo que una vez que se recurre a el método empleado, sea naturalmente o por inseminación artificial o a través de un contrato de subrogación debe considerarse constitucionalmente protegida considerando que el ejercicio de un derecho esta en estrecha relación al principio de igualdad mediante esto los sujetos están en igualdad de circunstancias, en tal caso se da por hecho que tanto el hombre como la mujer tienen derecho a la reproducción por cual fuere el medio para procrear. Anteriormente se ha mencionado que tener hijos es un derecho que está consagrado en nuestra Constitución. De este modo, se podría entender que la maternidad subrogada aunque no es una técnica de reproducción asistida, y para su ejecución utiliza alguna de ellas, puede ser un medio que permitirá que puedan

---

<sup>24</sup> “Algunas reflexiones jurídicas constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las nuevas técnicas de la reproducción asistida”, Revista de Derecho Político Universidad Nacional de Educación a distancia, Madrid, 1998, núm. 26, p. 113.

ser madres, aquellas mujeres infértiles a causa de patologías o situaciones que no tienen otro tratamiento médico.

Según el Consejo Nacional de Población los ideales reproductivos dependen de:

*a) Las parejas deben estar motivadas y convencidas de que pueden y son capaces de influir en el número de hijos e hijas y en su esparcimiento;*

*b) La regulación de la fecundidad debe ser vista como una acción provechosa y de beneficio para los integrantes de la familia, y*

*c) Los métodos de regulación de la fecundidad deben ser conocidos y estar disponibles para que las parejas puedan ejercer con libertad a decidir cuando tenerlos.<sup>25</sup>*

Los derechos reproductivos entrañan la capacidad de decidir en los asuntos más íntimos y trascendentales de las personas. Sus requisitos de libertad, responsabilidad e información son modelo de ejercicio de otros derechos. Promover la capacidad de decisión reproductiva y protegerla mediante derechos favorece la decisión en otras esferas de la vida de las personas. Los derechos reproductivos son esenciales en una democracia moderna. Si bien el gobierno establece sus prioridades y políticas en materia de salud reproductiva, éstas deben ser congruentes con nuestra Constitución, las leyes y las normatividades que de ella se derivan, así como con los compromisos internacionales asumidos por el Estado mexicano.

*Pero reconocer el derecho a la procreación implica para el Estado el deber de informar. Ninguna decisión puede considerarse libre si los individuos no conocen las posibilidades y las consecuencias de una elección.*

---

<sup>25</sup> ". CONAPO, Programa Nacional de Población 2001-2006, México, 2001, p. 72.

*El hombre y la mujer tienen derecho a obtener información sobre la procreación y a tener acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección para la regulación de su fecundidad. Derecho a recibir servicios adecuados de salud que permitan el desarrollo de embarazos y partos sin riesgos o con los menos posibles, así como la ayuda en casos de infertilidad.<sup>26</sup>*

Al respecto, la Ley General de Salud y la Ley General de Población, que deben ser observadas en toda la República, determinan la normatividad general en materia de salud reproductiva y la planificación familiar. La primera hace énfasis en el derecho a la salud y la segunda en la regulación de los fenómenos que afectan a la población en cuanto a su volumen, estructura, dinámica y distribución en el territorio nacional.

Los derechos sexuales y reproductivos, que surgen de los derechos humanos en general, forman una parte importante de la ética médica y son aplicables a todas las mujeres, independientemente de su edad, estado civil, etnia, afiliación política, raza, religión, estatus económico, discapacidad o cualquier otro estatus.

Estos derechos implican la necesidad de informar a la opinión pública y de promover un diálogo público respetuoso que incluya diferentes perspectivas éticas y religiosas, haciendo notar que la libertad religiosa incluye la necesidad de que ninguna religión o credo pueda imponer sus valores sobre los demás. Por lo tanto, las sociedades miembros deben reconocer y respetar la diversidad de religiones y culturas que pueden existir en nuestro país para poder proveer a todas las mujeres con cuidados que tomen en consideración sus características culturales.

Para amparar y defender la vida y la salud del ser humano no han faltado, es cierto, legislaciones, pronunciamientos, opiniones acerca de la libertad de decidir en torno a la vida que pueda ser entendida como resultado de un espíritu que

---

<sup>26</sup> Idem, p. 106.

ordena y anima a la materia, afirmación que en nada satisface los propósitos de la ciencia; lo cierto es, que además de la salud, la reproducción asistida, ya es un problema social por falta de una regulación que se adecuó a las necesidades de nuestro país.

*El derecho a la sexualidad enfrenta objeciones morales siendo expresado muchas veces de forma religiosa. De esta manera, un derecho democrático de la sexualidad implica refutar los discursos fundados en premisas religiosas, ya que el “reconocimiento jurídico” de los derechos sexuales y de los derechos reproductivos en la tradición de los derechos humanos, ubica este debate en la arena mas amplia de un Estado de derecho laico y democrático, en armonía con los ideales republicanos. Concebidos a partir de estos marcos fundamentales, los derechos sexuales pueden constituirse en espacios donde la sociedad civil y el Estado se mantienen autónomos ante las instituciones religiosas, preservando el pluralismo y el respeto a la diversidad.<sup>27</sup>*

#### **B.- Regulación constitucional sobre la familia, Implicaciones jurídicas y su legislación en el Distrito federal**

La familia mexicana a evolucionado ya que anteriormente predominaba el patriarcado ahora se reconoce que la mujer tiene importante papel como jefe de familia. Además debemos señalar que la familia no esta ajena al aspecto global y ha sufrido modificaciones en su composición y los nuevos métodos de procreación están revolucionando al derecho familiar. Asimismo la familia mexicana tiene una forma pluricultural compuesta por grandes diferencias entre poblaciones rurales y urbanas, el grado de desarrollo económico, creencias religiosas y costumbres sociales que existen en las diversas regiones del país.

---

<sup>27</sup> Raupp Ríos Roger, Apuntes para un derecho democrático de la sexualidad. Edit. Universidad Federal de Rio Grande do Sul- Brasil.2003. p 18.

Sin duda alguna uno de los principales efectos jurídicos que se origina por la realización de la reproducción asistida, son los del estado familiar, que consisten básicamente en las diversas relaciones jurídicas que pueden sostener las distintas personas que participan en una inseminación artificial, entre estos mismos y con el ser fecundado y en especial las tendencias jurídicas de la regulación normativa de la fecundación artificial, se debe tomar en cuenta la necesidad de regular la reproducción humana asistida, su utilización, no solo únicamente para fines de procreación, sino para los diversos casos en que una mujer no pueda tener hijos. Así como el deber de información y confidencialidad tanto a los padres que deseen procrear, como de los donadores portadores del “material genético”.

*“La familia fue durante mucho tiempo un grupo estático, sólido, permanente, sometido a la autoridad de un jefe el cual lo dirigía en la realización de un destino común. El interés familiar prevalecía, en muchos casos, sobre las preferencias y expectativas de los demás integrantes del grupo. Pero la familia se ha transformado. En ella reconocemos ahora a un grupo informal, dinámico, cambiante, integrado por seres que deben ser reconocidos en su individualidad con sus propios intereses y derechos. A muchas personas les resulta amenazante la pérdida de solidez y permanencia del grupo familiar pues observa los cambios y los múltiples tipos de familia que surgen en la sociedad además de la formada fuera del matrimonio, las de padre o madre, o los resultados de segundas o posteriores nupcias, la desaparición de este grupo y consecuentemente el deterioro de los ciertos valores atribuidos a la familia”.*<sup>28</sup>

*“Desde una perspectiva biológica, la definición de familia debe ser ampliada hasta la totalidad de las personas que comparten una misma carga genética.”*<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> SESMA BRENA Liliána Ingrid, El Derecho y la Salud, UNAM, 2004, p 100.

<sup>29</sup> DE LA MATA PIZANA Felipe, Garzón Jiménez Roberto, Derecho Familiar y sus reformas mas recientes en la Porrúa, 2004, p. 10.

Las instituciones que se han creado para proteger, conservar, consolidar a este grupo social deben de ser acordes con la realidad actual de manera que se deben incorporar medidas legislativas y políticas gubernamentales de acuerdo a su transformación de la familia mexicana y a sus necesidades.

*Desde una perspectiva jurídica debemos entender por familia aquella institución natural de orden público compuesto por las personas unidas por lazos de parentesco, matrimonio o concubinato y que surte efectos jurídicos por lo que hace a cada miembro respecto de sus parientes, en la línea recta sin limitación de grado y colateral hasta el cuarto grado.<sup>30</sup>*

En el Artículo 4 constitucional hace menciona a la familia y le otorga el carácter de garantía constitucional, además el Estado tiene la obligación de salvaguardar los intereses de la familia.

**ARTICULO 4o.**

*El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.*

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

En relación al derecho familiar se debe señalar que en virtud del decreto por el que se derogaron, reformaron y adicionaron diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, en el año 2000, la materia familiar sufrió una transformación ya que las normas que nos regulaban antes de las reformas, provenían de un decreto que data de la tercera década del siglo pasado por lo que ya no se apegaba a la realidad social.

El Código Civil para el Distrito Federal vigente, reconoce la práctica de las técnicas de reproducción asistida aunque de manera deficiente pues establece de manera

---

<sup>30</sup> Ídem p 11.

escasa el empleo de dichas técnicas, al igual que omite señalar las formas mediante las cuales se deba dar el consentimiento expreso para la utilización de las técnicas de reproducción asistida.

El derecho a la procreación asistida se menciona el Artículo 162 del Código Civil para el Distrito Federal, lo cual extiende aún más la garantía individual que esta reconocida en el Artículo cuarto constitucional, y así reconocer como derecho de índole familiar, la libertad de procrear, lo que significa también, su congruencia con los Artículos primero de la Constitución y segundo del Código Civil para el Distrito Federal, y se manifiesta la igualdad de todas las familias, independientemente de su situación económica, para tener acceso a los tratamientos de reproducción asistida, cuando sus circunstancias biológicas no se los permitan.

En tanto que la relación de la reproducción asistida y el parentesco se contempla en el artículo 293 del Código Civil para el Distrito Federal, y menciona la descripción del parentesco familiar, en los siguientes términos:

**Artículo 293.-** *El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.*

*También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora. Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida.<sup>31</sup>*

Ante el segundo enunciado deja abierto la interpretación y por lo tanto no establece a que formas de reproducción asistida se refiere, por lo que puede comprender desde la inseminación artificial, pasando por la maternidad sustituta hasta la clonación. Asimismo si solo establece el vinculo entre las personas que

---

<sup>31</sup> ídem

descienden de un tronco común entonces como se les considera al vínculo en donde una sola persona en su caso de la pareja, aporta material genético y la otra parte es de una tercera persona, aquí se observa que la realidad ha rebasado a la legislación ya que como se ha mencionado, para poder procrear se puede optar por la donación de óvulos, de espermias e inclusive la donación de embriones; sin embargo en este artículo establece que la donación de células germinales no genera parentesco. Por lo tanto cuando la pareja es infértil y requiere de servicios de donación de óvulo, espermias o embriones, no tiene certeza jurídica de dicho acto.

Mientras que para la filiación respecto a la maternidad subrogada no está contemplada en el Código Civil para el Distrito Federal y surgen controversias como la situación del menor creado con respecto a la “madre sustituta” y con su madre portadora del óvulo. Siguiendo los lineamientos del parentesco familiar, la maternidad le correspondería a la llamada “madre sustituta” por alumbrar en el parto, sin importar si la misma fue o no, donadora o portadora del óvulo.

Sin embargo, para que la madre donadora del gameto adquiriera los derechos sobre el menor la ley tendría que reconocer primeramente la existencia de la madre sustituta, reconociendo expresamente que solo prestó de manera voluntaria la matriz para depositar al óvulo fecundado, máxime que los derechos hereditarios y alimentarios del menor concebido, para con el padre biológico subsisten.

Para el Código Civil para el Distrito Federal la filiación se encuentra establecida en el Artículo 338 que dice:

**Artículo 338.-** *La filiación es la relación que existe entre el padre o madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros.*

El fundamento de la filiación es el origen biológico, es decir la relación jurídica entre padres y sus descendientes; claro que ahora se presenta la filiación por adopción y esto equipara a los hijos nacidos dentro del matrimonio y los hijos adoptados, sin embargo en el pasado no se tenía la posibilidad de que los hijos fueran concebidos a través de las técnicas de reproducción asistida, ni mucho menos de la figura de la maternidad subrogada. Ante esta situación se tiene que reconsiderar los aspectos de paternidad, filiación y maternidad.

Asimismo actualmente el nacimiento no es prueba de la filiación respecto de la redacción del Artículo 360 del Código Civil para el Distrito Federal, por lo tanto es posible la realización del uso de las técnicas de reproducción asistida y además de la maternidad subrogada.

**Artículo 360.-** *La filiación se establece por el reconocimiento de padre, madre o ambos o por una sentencia, ejecutoriada que así lo declare.*

Hay dos tipos de filiación, la matrimonial y extramatrimonial, la primera se produce por haber sido el hijo engendrado dentro de la unión matrimonial y la extramatrimonial es cuando los padres no están unidos en matrimonio y para que produzca sus efectos jurídicos es necesario que el hijo sea reconocido voluntariamente o a través de un juicio llamado investigación de la paternidad o maternidad.

*Filiación matrimonial es el vínculo jurídico que se crea entre los progenitores y el hijo nacido dentro del matrimonio.*

*Filiación extramatrimonial es el vínculo jurídico que existe entre los progenitores y el hijo nacido fuera del lazo matrimonial; esto es, fuera de las presunciones establecidas de hijo legítimo.<sup>32</sup>*

---

<sup>32</sup> DE LA MATA Pizaña Felipe, GARZA JIMENEZ Roberto. Derecho Familiar y sus reformas más recientes en México, Porrúa, 2004, p. 227.

**“Artículo 326.-** *El cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos alegando adulterio de la madre aunque ésta declare que no son hijos de su cónyuge, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que no tuvo relaciones sexuales dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento.*

*Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos.”*

Respecto a este artículo se prohíbe la impugnación de quien otorga el consentimiento para la inseminación; esta postura protege el derecho de la paternidad al producto, ya que no puede contradecirse ante sus propios actos.

Actualmente tenemos una realidad la cual es posible procrear sin tener relación sexual y sin embargo para el caso de la pareja infértil, el deseo de un hijo es más noble que muchos nacimientos productos de la procreación natural, por lo que se requiere que en estas realidades los conceptos jurídicos sean apropiados ante estas situaciones. Asimismo se debe considerar en esta circunstancia una filiación de tipo de la voluntad, consentimiento y la decisión de que ese ser naciera a través de la figura de la maternidad subrogada o de las técnicas de reproducción asistida.

El Código Civil del Distrito Federal permite la fecundación posmortem siendo aquella que se logra, después de la muerte del secretor del semen. Para eso, el semen se congela, mediante la tecnología criogénica, guardándose el esperma por una cantidad indeterminada, hasta posteriormente, salir de la congeladora para realizar la concepción. Así tenemos que en el artículo 324 se puede interpretar la realización de la fecundación posmortem, en los siguientes términos:

**Artículo 324.-** *Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:*

*I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio; y*

*II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la ex cónyuge. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.<sup>33</sup>*

En este artículo se establece el requisito, para que se de el supuesto de la filiación el cual debe estar dentro de un periodo que establece dicho artículo, además de que se debe otorgar el consentimiento de ambos cónyuges, por lo que se puede interpretar que siempre y cuando el matrimonio hubiese decidido con anterioridad al fallecimiento la inseminación o fertilización se da la filiación, entonces es necesario que en el artículo se especifique cuales son las posibilidades para poder procrear.

### **C.- Religión y Sociedad entorno a la figura de la maternidad subrogada.**

En estos tiempos en donde los avances científicos han logrado obtener un beneficio para la salud, surgen críticas y las religiones en el transcurso del tiempo han sido corrientes que explican la existencia del ser humano, a través de sus creencias y que por medio de estas se puede mejorar la manera de vivir la vida, dándole valor a ciertas actitudes y descalificando otras.

En México la religión que predomina es la Católica, la cual expresa una postura negativa, respecto de los avances científicos y en especial a toda cuestión que vulnere a la familia católica y señala que los métodos de inseminación artificial y en especial de la madre sustituta; son condenados por la Iglesia; además menciona que violan la unidad biológica y espiritual del matrimonio.

De la misma forma la iglesia Católica sostiene que la vida humana comienza al momento de la concepción, luego entonces cualquier experimento de embriones,

---

<sup>33</sup> Código Civil para el Distrito Federal

con fines no terapéuticos, se considera inaceptable. La religión ha plasmado su sentir a través de varios documentos, algunos de ellos son: la Instrucción sobre el Respeto de la Vida Humana Naciente y la Dignidad de la Procreación (1987), Encíclica *Evangelium Vitae* (1995) en donde mencionan su criterio por el cual todos estos actos científicos son contrarios a la dignidad humana y su religión.

*“El cristianismo revoluciona la estructura del núcleo familiar, para dotarlo del contenido jurídico al que estamos acostumbrados tradicionalmente en occidente. Por lo mismo, es evidente que el contenido de la mayoría de las normas del Derecho Familiar de la rama romano canónica se plasmo históricamente con una fuerte carga ética, que deviene directamente del cristianismo y, en específico, de su derecho canónico.”<sup>34</sup>*

La Iglesia Católica en su instrucción “*Donum Vitae*”, aprobada por Juan Pablo II, el 22 de febrero de 1987 declaró que la fecundación “*in vitro*”, tanto la heterologa como la homologa, “es en si mismo ilícita y contraria a la dignidad de la procreación”. En igual sentido el catecismo publicado por el Papa el 11 de octubre de 1992, advirtió que tales técnicas son “moralmente reprobables”. Finalmente la encíclica “*Evangelium Vitae*” promulgada el 25 de marzo de 1995, señala que las distintas técnicas de reproducción artificial son “moralmente inaceptables”. Agrega que aunque parecerían puestas al servicio de la vida, y a pesar de que son practicadas no pocas veces con esa intención, en realidad dan pie a nuevos atentados contra la vida humana inocente.

*“Para la ética católica las funciones orgánicas y sexuales en el matrimonio son inseparables. Por tal razón, la licitud ética de la reproducción humana esta condicionada a que se logre mediante la*

---

<sup>34</sup> DE LA MONTA PIZANA Felipe, Derecho Familiar y sus Reformas más recientes en la, edit. Porrúa, 2004, p.9.

*cúpula perfecta. Lo contrario lo considera una violación de la Ley natural*".<sup>35</sup>

*La iglesia Católica acepta la practica de la inseminación homologa, dentro del matrimonio, la admite en el caso:"que el medio técnico no sustituya al acto conyugal, sino que sea una facilitación y una ayuda para aquel alcance su finalidad natural"*<sup>36</sup>, pero considera a la heterologa como una abominación y un desorden moral condenable. Pió XII se pronuncio en el IV Congreso Internacional de Médicos Católicos, del 29 de septiembre de 1949, en el sentido de considerar la fecundación artificial fuera del matrimonio pura y simplemente como inmoral. La procreación de una nueva vida no puede ser fruto sino del matrimonio. La fecundación artificial en el matrimonio producida por un tercero es igualmente inmoral y, como tal, debe reprobarse.<sup>37</sup>

La Iglesia opina respecto de la técnica de fecundación in Vitro y dice que estos procedimientos son contrarios a la dignidad del ser humano propio del embrión y, al mismo tiempo, lesionan el derecho de la persona a ser concebida y a nacer en el matrimonio y del matrimonio. También los intentos y la hipótesis de obtener un ser humano sin conexión alguna con la sexualidad mediante la llamada fisión gemelar, clonación, patogénesis deben ser considerados contrarios a la moral en cuanto que están en contraste con la dignidad tanto de la procreación humana como de la unión conyugal.

*La Instrucción sobre el Respeto de la Vida Humana Naciente y la Dignidad de la Procreación, emitida por la Congregación para la*

---

<sup>35</sup> HURTADO OLIVER Xavier, El derecho a la vida, ¿y a la muerte?, Procreación Humana, Fecundación in vitro, Clonación, eutanasia y suicidio asistido problemas éticos, legales y religiosos. Edit. Porrúa, 1999 p 103.

<sup>36</sup> Congregación para la Doctrina de la Fe, Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la Dignidad de la procreación. Respuesta a algunas cuestiones de actualidad, México, Librería parroquial, 1987, p 31

<sup>37</sup> BRENA SESMA Ingrid, El derecho y la Salud Temas a reflexionar, Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. 2004, p 31.

*Doctrina de la Fe, de la Iglesia Católica Romana, el 22 de febrero de 1987, rechaza la maternidad subrogada. Plantea: "¿Es moralmente lícita la maternidad `sustitutiva'?". Contesta: "No, por las mismas razones que llevan a rechazar la fecundación artificial heteróloga: es contraria, en efecto, a la unidad del matrimonio y a la dignidad de la procreación de la persona humana". Continúa explicando que "(L) a maternidad sustituta representa una falta objetiva contra las obligaciones del amor materno, de la fidelidad conyugal y de la maternidad responsable; ofende la dignidad y el derecho del hijo a ser concebido, gestado, traído al mundo y educado por los propios padres; instauro, en detrimento de la familia, una división entre los elementos físicos, psíquicos y morales que la constituyen." <sup>38</sup>*

La religión no puede competir con la ciencia ni pretender sustituirla, en todo caso se tienen que integrar y así cumplir sus funciones tanto para la colectividad como para el individuo. Sin embargo Monseñor Rodrigo Aguilar Martínez obispo de Tehuacan, Puebla dice *"cuando la iglesia enseña cuestiones morales relativas a la ciencia, lo hace basada tanto en lo datos empíricos que aportan las ciencias, como la correcta interpretación de ellos en sus dimensiones humanas y en sus repercusiones espirituales. De ahí que sea falsa la acusación que frecuentemente se hace de que la iglesia enseña únicamente basada en una fe subjetiva, entendiendo la fe como una especie de experiencia psicológica emotiva carente de racionalidad."*<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> Congregación para la Doctrina de la Fe, Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la Dignidad de la procreación. Respuesta a algunas cuestiones de actualidad, México, Librería parroquial, 1987, p 37-38.

<sup>39</sup> Entrevista con Monseñor Rodrigo Aguilar Martínez

## CAPITULO IV

### **Necesidad de Políticas Públicas y su legislación en materia de maternidad subrogada.**

Cuando se manifiesta que el Estado esta compuesto por una sociedad humana se dice que es un hecho, una realidad. Igualmente el hombre se reúne en sociedad para satisfacer necesidades estableciendo relaciones con las demás personas. En tanto la política se refiere a la tendencia del hombre a reunirse y organizarse para alcanzar un fin y para alcanzarlo necesita del poder. Asimismo la política en general es la actividad que tiene por objeto reglar y coordinar la vida de una sociedad por medio de una función de orden y defensa que mantiene la cohesión y superación del grupo. Es además la actividad social que tiene por objeto investigar los medios de que se vale el Estado para alcanzar sus fines.

Para comprender la situación, el lineamiento y desarrollo de las políticas públicas es necesario definir que significa y Edith F. Kauffer Michel cita a Laure Corine quien propone la definición de las políticas públicas: *“Una concatenación de actividades, decisiones o medidas coherentes por lo menos en su intención, y tomadas principalmente por los actores del sistema político-administrativo de un país con la finalidad de resolver un problema colectivo”. Estas decisiones dan lugar a actos formalizados, de naturaleza mas o menos coercitiva, con el objeto de modificar el comportamiento de “grupos que conforman blancos”, los cuales se encuentran supuestamente en el origen del problema por resolver”.*<sup>1</sup>

Para establecer políticas públicas las partes que intervienen en el proceso de creación de una ley, deben tener conciencia acerca de los avances científicos, en especial la ciencia medica, ya que en relación con las técnicas de reproducción asistida y la derivación de la maternidad subrogada; causan infinidad de conflictos e incertidumbre jurídica a las personas que requieren una solución a su problema de salud y que en las legislaciones vigentes no se contempla.

---

<sup>1</sup> Kauffer Michel F. Edith Las políticas públicas y los compromisos de la investigación, las políticas públicas: algunos apuntes generales. Edit. Ecosur.

Ante estas prácticas se ven afectadas las relaciones sociales, la institución familiar, las cuestiones éticas, las instituciones jurídicas. No obstante la finalidad de la maternidad subrogada es, permitir que las personas en estado de infertilidad puedan procrear. La infertilidad es un problema que afecta a la pareja y que con el tiempo el conflicto puede agravarse hasta llegar a constituir un motivo de disolución del vínculo afectivo, sin embargo con la aplicación de nuevas técnicas de reproducción asistida se puede solucionar el problema; es cierto que surgen controversias en cuanto a su realización.

Por lo tanto se necesita crear una Ley de Reproducción Humana Asistida e Investigación, incluyendo la figura de la maternidad subrogada, y así modificar a la Ley General de Salud, el Código Civil, Código Penal, para que se proporcione una legislación de vanguardia, contemplando así la solución a los problemas que se deriven de la realización de las técnicas de reproducción asistida y la maternidad subrogada. Además de reconsiderar los conceptos de paternidad, filiación, propiedad, tutela, herencia y circunscribir estos en la relación que surge en torno a la maternidad subrogada, asimismo de incluirlos en el Código Civil.

Es necesario contemplar esta figura y limitar su práctica, porque realmente, aunque se sabe que en el Estado de Tabasco la maternidad subrogada esta regulada, no se tienen conocimientos verídicos de que actualmente en otras partes del país esta se lleve acabo. Así mismo si llegara a practicarse, de igual forma deja a las partes que interviene en un estado de indefensión por parte del Estado ya que no esta contemplada en la legislación actual la figura de la maternidad subrogada, para el caso de que resulten complicaciones en su realización, por lo tanto se tiene que dejar claramente establecida su procedimiento y su realización o en su caso su prohibición.

*Debe considerarse que el niño no es un medicamento prescrito contra la frustración que ocasiona la falta de un hijo, sino un sujeto de*

*derechos tutelados jurídicamente. Desde el punto de vista del donante; esposo, pareja o de origen desconocido, la legislación habrá de asegurarse de no atribuir la paternidad a quienes no hayan manifestado su voluntad de establecer lazos de filiación y de reconocer los de quienes lo hubieren hecho.<sup>2</sup>*

El Estado debe dictar normas contemplando a los centros dedicados a la reproducción asistida, garantizando el respeto y dignidad de las partes que intervienen, y del mismo modo vigilando sus procedimientos.

*Resulta necesaria la colaboración de los científicos y de los juristas, de modo que el derecho no limite el avance de las ciencias, pero que la ciencia no transgreda los derechos y libertades fundamentales de los individuos.<sup>3</sup>*

El Estado constitucional moderno es fundamentado en principios de adquisiciones de la humanidad que surgen después de la revolución francesa y uno de estos, es el principio de la igualdad fundamental de los seres humanos, los cuales se deben proteger y respetar. Por lo tanto el Estado no solo tiene la obligación de protección de la familia y su desarrollo, sino también de las partes integrantes. Asimismo tiene la obligación a través de la Secretaria de Salud la implementación de programas de Salud que contemple la cuestión de la infertilidad.

### **1. Políticas Públicas y su implementación a través de mi propuesta de adiciones en la Legislación mexicana**

La figura de la maternidad subrogada es una alternativa para poder concebir en el caso de la mujer infértil ya que según cifras del Instituto Nacional de Estadística y Geografía, en México existe un millón y medio de parejas que padecen de infertilidad, de ahí que esta situación es un motivo para su regulación además de

---

<sup>2</sup> BRENA SESMA Ingrid. Algunas consideraciones entorno al derecho a la reproducción por medio de la inseminación artificial

<sup>3</sup> Ídem.

ser considerado un problema de salud pública y que al Estado le corresponde garantizar a través de la Secretaría de Salud.

Lo primero que se debe establecer es una legislación de técnicas de reproducción asistida y explicar el procedimiento de cada una de ellas, para después legislar la situación de la maternidad subrogada, ya que para su realización depende de estas. A continuación se exponen algunas cuestiones para realizar la figura de la maternidad subrogada.

- Para la realización de esta práctica se tiene que definir a la maternidad subrogada o madre gestante sustituta y se establece como aquella en cuyo útero se implanta un embrión vivo, producto de la fecundación del óvulo de otra mujer con el fin de que el útero de la primera se lleve a cabo el proceso de gestación hasta el nacimiento. La madre subrogada acordará legalmente la entrega del producto a la mujer que la contrata, ya sea que esta haya provisto o no el óvulo, para que esta última ejerza la maternidad, y sin que medie remuneración económica ni pueda existir reclamo legal posterior sobre el niño nacido en esta circunstancia.
- La práctica de la maternidad subrogada solo es aceptable para las parejas estables en matrimonio o concubinato. La participación de la madre sustituta será altruista, de común acuerdo con la pareja, previo consentimiento por escrito y frente a testigos acerca de su voluntad en el sentido de no reclamar los derechos de maternidad del feto o el recién nacido.
- La práctica de la maternidad subrogada solo se debe aceptar para la solución de las parejas que padecen infertilidad y se realizará mediante una adopción prenatal.
- La adopción de embriones es el procedimiento que se realiza mediante la unión de un óvulo de la pareja y el espermatozoide de un hombre y es transferido al útero de otra mujer con el propósito de ser concebido.

- La adopción de embriones permite a la pareja adoptante tener la garantía de conocer el origen del niño, la información médica, social y psicológica de los padres genéticos.
- Se prohíbe cualquier compensación en dinero que sobrepase los gastos médicos.
- La madre sustituta debe tener asistencia médica en todo momento, además de apoyo legal y psicológico.
- A la madre sustituta se debe dar información desde el inicio del proceso hasta que se entregue al niño a la pareja que lo solicito.
- Los padres solicitantes se les considera padres legales del concebido bastando la decisión judicial.
- Cuando la madre de sustitución no ceda el niño, el padre de la pareja que es simultáneamente padre biológico tiene derecho a participar en la vida del hijo.
- Habiendo terceros donantes de semen u ovulo el anonimato solo se mantiene hasta la mayoría de edad, ya que el niño tiene derecho a acceder a sus raíces biológicas.
- Las técnicas de reproducción asistida se realizarán solamente cuando haya razones de éxito y no se considere un riesgo para la salud de la mujer o la posible descendencia.
- En la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana se inseminarán solo los óvulos necesarios para transferir al útero exclusivamente el número de los mismos considerado científicamente más adecuado para asegurar razonablemente el embarazo y evitar la multigestación.
- Reformar nuestro Código Civil, para armonizar las cuestiones filiatorias y las vinculadas al *nasciturus*, con las técnicas de fecundación asistida.
- Realizar ante un notario el acuerdo entre la pareja y la mujer sustituta antes de la implantación del embrión.
- Se debe reglamentar a las clínicas que realicen las técnicas de reproducción asistida y a los banco de conservación de gametos, estableciendo un apartado en la Ley General de Salud.

## **CAPITULO V**

### **Comprobación de hipótesis**

a. El Estado es una obra creada para ordenar y servir a la sociedad, por lo tanto su existencia se justifica solo como un ente supremo que tiene potestad y que rige la conducta de la comunidad. El Estado es resultado social en transición, una obra hecha por el hombre que se configura en forma coactiva y razonable, instaurado por factores y circunstancias que intervienen en la complejidad de su desarrollo y se fundamenta en construir un orden jurídico, instituido para el servicio de la comunidad y para atender las necesidades crecientes y apremiantes de los grupos sociales.

Hay una realidad estatal en la cual está asentado todo el orden jurídico; sin esa realidad no tendría ningún valor, finalidad o propósito las leyes; ellas viven, evolucionan o se desarrollan porque se apoyan en la conciencia pública que es la que las sustenta y las soporta.

b. En el Artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se establece:

*Artículo 4o.*

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

*Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.*

En este Artículo se menciona el derecho a decidir libremente sobre el número y espaciamiento de los hijos, por lo que en este enunciado está implícito el reconocimiento a los derechos reproductivos. Estos derechos reproductivos se

pueden ejercer a través de la utilización de las técnicas de reproducción asistida, incluyendo a la maternidad subrogada, además el Estado debe reconocer los derechos individuales ya que la existencia de un Estado de derecho, somete su disciplina jurídica en relación de su actividad con los habitantes de su territorio y en interés de estos. Además en este Artículo se menciona el derecho a la salud, por tanto se contempla que el Estado tiene la obligación de garantizar la calidad del servicio de salud en materia familiar y reproducción humana.

c. La maternidad subrogada surge de la necesidad de procurar una solución reproductiva a las parejas y en especial a las mujeres que por diversos motivos no pueden tener un hijo, a consecuencia de infertilidad, o que han sufrido una histerectomía, lesiones en la cavidad uterina e incluso enfermedades como la diabetes y que con una gestación agravaría seriamente su estado de salud.

d. Las instituciones de salud públicas no están preparadas para la realización de la maternidad subrogada ni mucho menos para dar la atención que se requiere a un millón y medio de parejas en situación de infertilidad. Simultáneamente las técnicas de reproducción asistida son una solución al problema de la mujer que no puede concebir, sin embargo la cuestión es que en México no es tan accesible como en otros países, ya que tiene un costo elevado y esto excluye a la gran mayoría de las parejas. Si se contempla la realización de la maternidad subrogada no habrá lagunas legislativas en cuanto a la filiación y paternidad del concebido bajo esta figura, sin embargo se debe analizar la inclusión del Código Civil y en la ley General de Salud y de esta manera esta práctica no se convertirá en un problema de salud para la sociedad.

La realidad nos golpea y ante la posibilidad de esta práctica, no podemos escondernos con la respuesta de que el acuerdo es nulo o que la maternidad sigue al vientre, porque es un supuesto que reclama una solución justa, centrando su mirada en el embrión implantado, sujeto de derecho. Por ende, el Derecho, no debe negar la realidad.

## **CAPITULO VI**

### **Fuentes Documentales**

- Aristóteles, Política, introd., Carlos García Gual, tr., Patricio de Azcarate, Madrid, España-Calpe 1997, p.325.
- ARNAIZ AMIGO Aurora, Estructura del Estado, edit. McGraw Hill, México, 2003, p 515.
- AYALA R. Aquiles, MONTOYA ROMERO José de Jesús y Colaboradores, ABC de la Infertilidad, Editorial Textos Mexicanos, 2004, p.196.
- BURGOA O. IGNACIO, Derecho Constitucional Mexicano, 19º edición, edit. Porrúa, México, 2007, p.1094.
- CARRANZA CIRA Sebastián, Fundamentos de Endocrinología, Ginecología y Reproductiva, Editorial Masson Doyma, México, S. A. 2003, p. 304.
- CRUZ GAYOSSO Moisés, OCHOA HOFMANN E. Alfonso. ROBLES VAZQUEZ Jorge., Teoría General del Estado, edit. IURE, 2006. p.171.
- DE LA CUEVA Mario, La idea del Estado, UNAM, 1996, p.414.
- DE LA CUEVA Mario, Teoría General del estado, apuntes mecanografiados, Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, 1965, p 190.
- DE LA MATA PIZAÑA Felipe, GARZON JIMENEZ Roberto, Derecho Familiar y sus reformas más recientes en México, Porrúa, 2004, p.459.
- GARZA GARZA Raúl, Bioética la toma de decisiones en situaciones difíciles. Editorial Trillas, 2003, p.213.
- HAURIUO André, Derecho constitucional e instituciones políticas, Ariel Barcelona, España 1980, p.1100.
- HURTADO OLIVER Xavier, El derecho a la vida, ¿y a la muerte?, Procreación Humana, Fecundación in Vitro, Clonación, eutanasia y suicidio asistido, problemas éticos, legales y religiosos, Porrúa, 1999, p.103.
- ITALO TOZZINI Roberto y Colab. Esterilidad e infertilidad humanas. Edit. Media Panamericana Buenos Aires, Argentina, 1989, p.475.
- KELSEN Hans, Teoría general del derecho y del Estado, UNAM, 2008, p. 478.
- KELSEN Hans, Teoría general del Estado, UNAM, Centro de Investigaciones interdisciplinarias en ciencia y humanidades, 2004, p.544.

- KURCZIN VILLALOBOS Patricia. Derechos de las mujeres trabajadoras. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2000, p.105.
- LEMA AÑÓN Carlos, Reproducción, poder y derecho., edit. Trota Madrid, 1999, p.139.
- LOPEZ FAUGIER Irene, La prueba científica de la filiación, edit. Porrúa. México. 2005. p.295.
- MARTINEZ ALFARO Joaquín. Teoría de las Obligaciones. Porrúa. México, 1999, p.260.
- PEREZ PEÑA Efraín. Atención integral de la infertilidad, endocrinología, cirugía y reproducción asistida. Mac Graw-Hill. México, 2003, p.596.
- PEREZ PEÑA Efraín. Infertilidad, Esterilidad y Endocrinología de la Reproducción un enfoque integral, edit. Salvat. México, p. 690.
- PORRUA PEREZ Francisco, Teoría del Estado, Teoría política. Ed. vigésima octava edit. Porrúa, p. 223.
- REMOHI J., ROMERO J. L., PELLICER A., SIMON C., NAVARRO J., Manual Practico de Esterilidad y Reproducción Humana. Madrid, España; McGraw-Hill Interamericana, 2000, p. 326.
- SERRRA ROJAS Andrés, Teoría del estado, edit., Porrúa, 1998, p. 849.
- SESMA BRENA Ingrid Lilian, EL Derecho y La salud, Instituto de Investigaciones Jurídicas, series estudios jurídicos, num. 57, UNAM, 2004, p.157.
- VAZQUEZ BENITEZ Efraín. Medicina Reproductiva, edit., Manual Moderno, México, 2006, p.684.
- ZIPPELIUS Reinhold, Teoría General del Estado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie g estudios doctrinales, num.82, UNAM, 1985, p.453.

### **Revistas**

- CANETTI Elías, Epigenética; una explicación de las enfermedades hereditarias Revista de Perinatología, Vol. 17 No. 2; p. 1, Abril-Junio 2003.
- CASTEÑEDA JIMÉNEZ Elena, BUSTOS LOPEZ Héctor, La ruta del padecer de mujeres con diagnóstico de infertilidad, Revista de Perinatología Reproducción Humana, Vol. 15, num. 2; Abril-Junio 2001, p.125.
- HAMUI SUTTON Alicia, Ética y biotecnología: más allá de los tratamientos médicos, Medigraphic Artemisa, Rev. Fac. Med. UNAM Vol. 50. No 2 Marzo-Abril, 2007, p.86.
- LUIGI, Ferrajoli, La cuestión del embrión entre derecho y moral, Revista Jueces para la democracia, Información y debate, Madrid, 15 de julio de 2002, núm.44, p.3-12.
- VERA RAMÍREZ Eduardo, El contrato de la Maternidad Subrogada: argumento a favor y en contra de concederle eficacia, Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, Numero 63.1997 p 515.
- VILLALOBOS OLVERA Rogelio, Reproducción Asistida en Humanos, AGORA, Revista del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Chihuahua, año 2, numero 8. 2006, p. 4.
- Algunas reflexiones jurídicas constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las nuevas técnicas de la reproducción asistida”, Revista de Derecho Político Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1998, núm. 26, p. 113.
- Congregación para la Doctrina de la Fe, Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la Dignidad de la procreación. Respuesta a algunas cuestiones de actualidad, México, Librería parroquial, 1987, p. 100.

### **Diccionarios**

- OCTAVIO UÑA Juárez, HERNANDEZ SANCHEZ Alfredo, Diccionario de Sociología, edit., Esic, Madrid 2004.
- Diccionario de la Real Lengua Española, Vigésima Primera, Tomo I, Edit. Real Academia Española. Madrid, España, Tomo I, 2001.

### **Legislación**

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Ley General de Salud.
- Reglamento de la ley General de Salud
- Código Civil para el Distrito Federal

### **Direcciones electrónicas**

- [www. INEGI.com](http://www.INEGI.com)
- [www. imss.gob.mx](http://www.imss.gob.mx)
- [www.stj.gob.mx](http://www.stj.gob.mx)
- [www.uam.](http://www.uam.)
- [www.gire.com](http://www.gire.com)
- [www.juiridcas.unam.](http://www.juiridcas.unam.)
- [www.freep.com](http://www.freep.com)
- [www.ecosur](http://www.ecosur)
- [www.informe warncock.](http://www.informe.warncock.)